

**REVISTA DO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL
5ª REGIÃO**

JURISDIÇÃO

Pernambuco - Alagoas - Ceará
Paraíba - Rio Grande do Norte e Sergipe

Número 54 - Outubro/Dezembro - 2003

R. TRF 5ª Região, nº 54, p. 1 - 324, Outubro/Dezembro - 2003

**REVISTA DO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL
5ª REGIÃO**

Diretor da Revista
JUIZ FRANCISCO CAVALCANTI

Repositório de jurisprudência credenciado pelo Superior Tribunal de
Justiça (STJ), sob o nº 53
(Portaria nº 02/2002, *DJ* de 02/05/2002, pág. 403).

Administração

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO
Cais do Apolo, s/nº – Bairro do Recife
CEP 50030-908 - Recife - Pernambuco

GABINETE DA REVISTA:

Diretor

JUIZ FRANCISCO CAVALCANTI

Supervisão de Coordenação de Gabinete e Base de Dados
CARME MARIA VASCONCELOS MOTTA

Supervisão de Pesquisa, Coleta, Revisão e Publicação
MARIA CAROLINA PRIORI BARBOSA

Apoio Técnico

GUSTAVO PACÍFICO CABRAL

NIVALDO DA COSTA VASCO FILHO

Endereço eletrônico: www.trf5.gov.br

Correio eletrônico: revista.dir@trf5.gov.br

Revista do Tribunal Regional Federal da 5ª Região v.1 (1989)
Recife, Tribunal Regional Federal da 5ª Região, 1989

Trimestral

A partir do v. 4, n. 1, de 1992, a numeração passou a ser contínua.
ISSN 0103-4758

1. Direito - Periódicos. I. Brasil. Tribunal Regional Federal da 5ª Região

CDU 34(05)

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL - 5ª REGIÃO

Desembargadora Federal

MARGARIDA CANTARELLI - 09.12.99 - Presidente

Desembargador Federal

NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO - 03.07.00 - Vice-Presidente

Desembargador Federal

JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO - 03.07.00 - Corregedor

Desembargador Federal

RIDALVO COSTA - 30.03.89

Desembargador Federal

PETRUCIO FERREIRA DA SILVA - 30.03.89

Desembargador Federal

JOSÉ LÁZARO ALFREDO GUIMARÃES - 30.03.89

Desembargador Federal

JOSÉ MARIA DE OLIVEIRA LUCENA - 29.04.92

Desembargador Federal

FRANCISCO GERALDO APOLIANO DIAS - 13.03.96

Desembargador Federal

UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE - 03.12.97

Desembargador Federal

FRANCISCO QUEIROZ BEZERRA CAVALCANTI - 03.07.00

Diretor da Revista

Desembargador Federal

LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA - 03.07.00

Desembargador Federal
PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA - 17.05.01

Desembargador Federal
PAULO DE TASSO BENEVIDES GADELHA - 19.09.01

Desembargador Federal
FRANCISCO WILDO LACERDA DANTAS - 15.08.03

Desembargador Federal
MARCELO NAVARRO RIBEIRO DANTAS - 03.12.03*

*O Exmo. Sr. Juiz Federal Manoel de Oliveira Erhardt compôs este Tribunal como Desembargador Federal Convocado, no período de 06 de fevereiro a 03 de dezembro de 2003, de acordo com o Ato nº 49, de 05 de fevereiro de 2003.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL - 5ª REGIÃO

TRIBUNAL PLENO (quartas-feiras)

Presidente: Desembargadora Federal MARGARIDA CANTARELLI
Vice-Presidente: Desembargador Federal NAPOLEÃO MAIA FILHO
Corregedor: Desembargador Federal JOSÉ BAPTISTA FILHO

PRIMEIRA TURMA (quintas-feiras)

Desembargador Federal JOSÉ MARIA LUCENA - Presidente
Desembargador Federal UBALDO CAVALCANTE
Desembargador Federal FRANCISCO WILDO

SEGUNDA TURMA (terças-feiras)

Desembargador Federal PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA -
Presidente
Desembargador Federal PETRUCIO FERREIRA
Desembargador Federal FRANCISCO CAVALCANTI

TERCEIRA TURMA (quintas-feiras)

Desembargador Federal PAULO GADELHA - Presidente
Desembargador Federal RIDALVO COSTA
Desembargador Federal ÉLIO WANDERLEY (Convocado)

QUARTA TURMA (terças-feiras)

Desembargador Federal LUIZ ALBERTO GURGEL - Presidente
Desembargador Federal LÁZARO GUIMARÃES
Desembargador Federal MANOEL ERHARDT (Convocado)

SUMÁRIO

I - Jurisprudência	13
II - Índice Sistemático	303
III - Índice Analítico	307

JURISPRUDÊNCIA

AÇÃO RESCISÓRIA Nº 2.011-PB

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL ERHARDT
(CONVOCADO)
Autora: CLIPSI – CLÍNICA, PRONTO-SOCORRO INFANTIL
E HOSPITAL GERAL
Réus: SEVERINO RAIMUNDO BEZERRA E OUTRO
Lit. Pass.: UNIÃO
Advogados: DRS. MÁRCIO JOSÉ ALVES DE SOUZA E OUTRO
(AUTORA)

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. ART. 485, IV E V, DO CPC. REPERCUSSÃO DA SENTENÇA CRIMINAL NA ÓRBITA CÍVEL.

- Em face da insuficiência de provas, deve o réu ser absolvido, posto que a condenação criminal exige certeza plena. Entretanto, tal circunstância não poderá impedir o exercício da ação de reparação do dano emergente da conduta.

- Inocorrência de qualquer das hipóteses autorizadoras da rescisão do julgado.

- Ação que se julga improcedente.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide o Plenário do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por maioria, rejeitar as preliminares e, no mérito, julgar improcedente a ação rescisória, nos termos do voto do Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 12 de março de 2003 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL ERHARDT – Relator Convocado

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL ERHARDT (Convocado):

A CLIPSI – Clínica, Pronto Socorro Infantil e Hospital Geral, com sede na cidade de Campina Grande, no Estado da Paraíba, move a presente ação rescisória, com fundamento nos incisos IV e V do art. 485 do CPC, objetivando a desconstituição de acórdão da 3ª Turma, nos autos da AC 18.307-PB, que recebeu a seguinte ementa:

“CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. MORTE DE MENOR POR ERRO MÉDICO. INFECÇÃO HOSPITALAR. RESPONSABILIDADE CIVIL SUBSIDIÁRIA. ART. 37, PARÁGRAFO 6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

- Preliminar rejeitada.

- Morte de menor decorrente de erro médico. Infecção hospitalar por *Klesbsiela Enterobacter*, causadora de destruição de tecidos da face. Evidente a relação de causa e efeito.

- Responsabilidade civil objetiva, art. 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal. A clínica responsável, CLIPSI, responde pelos danos causados à vítima. Responderá subsidiariamente pela condenação o INAMPS, atualmente integrado ao INSS.

- O hospital responsável atuava apenas como agente do INAMPS.

- Pensão fixada no valor de 1 (um) salário mínimo, devendo ser paga mensalmente, a partir do mês de falecimento do menor até a data em que completaria 65 anos de idade.

- Décimo terceiro salário a partir da data em que a vítima completaria 14 anos, conforme inteligência da Súmula 490 do STF. Despesas com luto, funeral, jazigo perpétuo, exames, consultas, nosocômios, todos os gastos desde o internamento até o fatal óbito, inclusive despesas com deslocamentos.

- Honorários advocatícios de 20%.

- Apelações improvidas. Parcial provimento ao recurso adesivo”.

(Relator Des. Federal José Maria Lucena, julgamento em 29/08/1996, unânime).

Afirma a autora que o acórdão em comento violou o art. 1.525 do Código Civil e o art. 66 do Código de Processo Penal, posto que *“a jurisdição criminal já declarou, categoricamente, que o fato tido como causador do suposto dano INEXISTE, pois as provas documentam que não há qualquer liame entre o suposto erro médico e a morte do menor”*. (fls. 05).

A parte ré, regularmente citada, apresentou contestação às fls. 96/100, argüindo, em preliminar, que a autora não juntou aos autos certidão de trânsito em julgado da decisão rescindenda e que não se configura, *in casu*, hipótese de cabimento de rescisória. No mérito, pede pela improcedência da ação.

A União, integrando a demanda, na condição de litisconsorte passiva, apresentou suas razões, às fls. 106/108.

Opinando sobre a demanda, o Ministério Público Federal sugere, em Parecer às fls. 116/123, pela improcedência da ação.

Cuidando-se de ação em que se discute unicamente questão de direito, impõe-se o julgamento antecipado da lide, consoante o disposto no artigo 330, inciso I, primeira parte, do Código de Processo Civil.

É o relatório. À douda revisão, na forma do art. 551 do CPC.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL ERHARDT (Relator Convocado):

Afasto inicialmente a preliminar argüida pela parte ré, em sua contestação, uma vez que a petição inicial foi devidamente instruída com a certidão de trânsito em julgado do despacho que negou seguimento ao agravo de instrumento interposto em grau de recurso extraordinário (fls. 72). Passo, pois, ao exame do mérito.

Como se vê do relatório, pretende a parte autora a rescisão do acórdão da eg. 3ª Turma, que reconheceu o direito dos ora réus a indenização por perdas e danos em decorrência do falecimento de seu filho menor, vítima de erro médico.

Afirma a autora que a jurisdição criminal já havia declarado que o fato tido como causador do dano inexistente, acrescentando

que não há qualquer liame entre o suposto erro médico e a morte do menor.

Invoca, assim, as disposições do art. 66 do CPP, *verbis*:

“Art. 66. Não obstante a sentença absolutória no juízo criminal, a ação civil poderá ser proposta quando não tiver sido, categoricamente, reconhecida a inexistência material do fato”.

Observo, primeiramente, que, em razão da independência das esferas cível e penal, em princípio a sentença penal absolutória não impede a ação civil *ex delicto*, ressalvada, entretanto, a hipótese em que no juízo criminal se reconhece que o fato não existiu.

Neste sentido, a propósito, comentando o mencionado art. 66 do Código de Processo Penal, Julio Fabbrini Mirabete afirma:

“Faz também coisa julgada no cível a sentença absolutória quando reconhecida categoricamente a inexistência material do fato, como previsto no artigo 386, I, do CPP, *ex vi* do artigo 66 do CPP e artigo 1.525 do CC. Evidentemente, nessa hipótese não pode ser proposta a ação civil pelo fato imputado ao réu absolvido, pois no juízo penal ficou reconhecido que ele não ocorreu. A *contrario sensu*, o artigo 66 dispõe que, nas demais hipóteses de absolvição, previstas no art. 386, não se impede a propositura de uma ação civil tendo como objeto o mesmo fato, ou seja, nas hipóteses de não haver prova da existência do fato, não constituir o fato infração penal, não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal, existir circunstância que exclua o crime ou isente o réu de pena, e não existir prova suficiente para a condenação”. (*Código de Processo Penal interpretado: referências doutrinárias, indicações legais, resenha jurisprudencial*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 1995, p. 126).

Na hipótese dos autos, todavia, a sentença criminal não concluiu pela inexistência do fato, como se lê do trecho a seguir transcrito:

*“Considerando que **houve o fato**; considerando, entretanto, que os acusados não concorreram de nenhuma forma para a consumação do evento; considerando as provas, os antecedentes dos acusados e o que mais consta destes autos, julgo improcedente a denúncia, para absolver, como absolvidos ficam os acusados acima referidos e devidamente qualificados”. (Fls. 16).*

Por outro lado, o eg. Tribunal de Justiça da Paraíba, instância recursal em segundo grau, apreciando o recurso interposto, assim se pronunciou:

“Mesmo assim, e admitindo-se a responsabilidade dos réus, no caso, das rés, pelas terríveis lesões provocadas na infeliz criança, a escassa prova carregada aos autos impede o julgador a optar por uma decisão condenatória. O que se consegue extrair da prova são alguns depoimentos tendentes a inocentar os réus, como, por exemplo, o do Dr. Damião Feliciano da Silva, às fls. 284, que disse ter examinado a vítima depois que esta saíra da Clínica, no Hospital Mariana, de sua propriedade, e não constataria nenhuma lesão, nem no corpo, nem na face da mesma.

O propalado ‘erro médico’, então, não restou provado e, lamentavelmente, como bem disse o Dr. Aloisio Bonavides, em sua ilustrada peça opinativa, por absoluta falta de garra da parte acusatória. Ao longo de toda a instrução criminal, ficou nítido que o menor esforço não foi encetado para delinear-se um entrelaçamento entre a conduta dos agentes e o resultado.

Assim, diante da impossibilidade de se estabelecer um mínimo liame entre essa conduta dos agentes e qualquer resultado criminoso, em face da manifesta fragilidade probatória, a solução absolutória é a única que se viabiliza”. (Fls. 22).

Com efeito, em face da insuficiência de provas, deve o réu ser

absolvido, posto que a condenação criminal exige certeza plena. Entretanto, tal circunstância não poderá impedir o exercício da ação de reparação do dano emergente da conduta.

Dessa forma, penso que o v. acórdão rescindendo não contrariou a coisa julgada nem violou expressa disposição de lei, como diferentemente alega a parte autora, de modo que julgo improcedente a presente ação rescisória.

Condeno a parte autora no pagamento de verba honorária que arbitro em R\$ 500,00, na forma do art. 20, § 4º, do CPC.

É como voto.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 41.741-RN

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI
Agravante: APEC – ASSOCIAÇÃO POTIGUAR DE EDUCAÇÃO E CULTURA
Agravada: HIANAE GUERREIRO DE SOUZA
Advogados: DRS. JOSÉ MAURÍCIO DE ARAÚJO MEDEIROS E OUTROS (AGRTE.) E ALFREDO JOSÉ PEREIRA E SILVA E OUTROS (AGRDA.)

EMENTA: ADMINISTRATIVO. ENSINO SUPERIOR. MATRÍCULA EXTEMPORÂNEA. VIAGEM DE ESTUDOS SOB CONHECIMENTO DA UNIVERSIDADE. INDEFERIMENTO POR INADIMPLÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE.

- Tendo a aluna viajado para visita acadêmica em Universidade fora do país, sob conhecimento e indicação de sua própria Universidade, e já tendo realizado a pré-matrícula, razão não há para a instituição de ensino indeferir a sua matrícula definitiva, ainda que extemporânea.

- Dispondo as instituições de ensino de meios legais próprios para a cobrança de eventuais dívidas de mensalidade, por parte de seus alunos, não podem as mesmas indeferirem matrículas

ou cancelarem vínculos acadêmicos sob esse fundamento, caracterizando assim sanção pedagógica incompatível com os fins de tais instituições. Precedentes desta Corte.
- Agravo de instrumento improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de agravo de instrumento, em que são partes as acima mencionadas, acorda a Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, em negar provimento ao agravo de instrumento, nos termos do voto da Relatora e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante deste julgado.

Recife, 17 de outubro de 2002 (data do julgamento).

DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI -
Relatora

RELATÓRIO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI:

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, que fora interposto pela APEC – Associação Potiguar de Educação e Cultura, mantenedora da Universidade Potiguar (UNP), contra decisão da MM. Juíza Substituta da 4ª Vara da Seção Judiciária do Rio Grande do Norte, que, em sede de mandado de segurança, deferiu a liminar pleiteada, para garantir à impetrante a participação nas atividades acadêmicas, determinando a sua matrícula no Curso de Terapia Ocupacional, no semestre letivo 2002.1.

Pugnando pela reforma da decisão atacada, insurgiu-se a agravante, destacando que o estabelecimento de ensino particular não é obrigado a celebrar novo contrato com o aluno inadimplente. Alega ainda que é incabível a justificativa apresentada para a não realização da matrícula no tempo correto, visto que, mesmo estando nos Estados Unidos da América no período de matrículas, poderia ter outorgado poderes para que outra pessoa realizasse.

Em despacho proferido já nesta Superior Instância, às fls. 51/

54, indeferi a liminar substitutiva pleiteada, mantendo os efeitos da decisão vergastada, até pronunciamento definitivo desta egrégia Turma.

Apesar de regularmente intimada, a agravada não ofereceu as suas contra-razões, consoante certidão de fls. 56.

Apresento, portanto, o feito em Mesa para julgamento.

É o relatório.

VOTO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI (Relatora):

A APEC – Associação Potiguar de Educação e Cultura, ora agravante, entidade que mantém a UNP – Universidade Potiguar, interpôs o recurso presente, inconformada com a decisão singular da douta Juíza da 4ª Vara da Seção Judiciária do Rio Grande do Norte, a qual determinou a matrícula da agravada no curso de Terapia Ocupacional, semestre 2002.1.

Mais uma vez, ao compulsar os autos, entendo, agora no mérito, que o pleito formulado pela entidade agravante não merece acolhimento.

Ocorre que a aluna já vinha desenvolvendo regularmente as suas atividades acadêmicas na referida Universidade, no curso de Terapia Ocupacional, quando, em período de férias letivas, realizou viagem aos Estados Unidos, para proceder a uma visita acadêmica à Universidade de Northern Illinois. No entanto, por se encontrar nesta viagem, deixou a aluna, aqui agravada, de se matricular no período para tanto fixado pela Universidade, para o semestre 2002.1. Assim, não tendo se matriculado no período reservado pela instituição de ensino superior, ao retornar de sua viagem e buscar realizar tal procedimento, foi pela Universidade informada de que não mais seria possível, tendo assim perdido o vínculo acadêmico.

Devo, então, analisar a questão da impossibilidade de a aluna realizar a matrícula no período correto e, assim, perder o vínculo com a Universidade. Ora, conforme restou bastante claro dos fatos e documentos aos autos acostados, a aluna não se encontra

va em outro país em férias ou a passeio, mas sim realizando uma visita acadêmica, capacitando a sua formação pessoal e científica em outra Universidade, sob o pleno conhecimento da agravante, visto que dela própria partiu uma carta de apresentação da aluna junto ao Consulado Americano.

Assim, não vislumbro razão para que a Universidade, ao regresso da aluna, acabe por indeferir a sua matrícula, cancelando o seu vínculo acadêmico. Até porque a mesma já havia efetuado a pré-matrícula, de modo a confirmar o interesse em continuar o curso na citada Instituição.

No mais, quanto à justificativa de indeferimento da matrícula por conta de eventual inadimplência da aluna com a Universidade, também não vejo razão para acolher o pedido da agravante, uma vez que a jurisprudência pátria é firme no sentido da impossibilidade, por constituir uma espécie de sanção pedagógica, incompatível com as funções educacionais das Instituições de Ensino, conforme podemos aferir dos arestos a seguir transcritos:

“MANDADO DE SEGURANÇA. ENSINO SUPERIOR. INADIMPLÊNCIA. INDEFERIMENTO DE MATRÍCULA. IMPOSSIBILIDADE.

1. O indeferimento de matrícula de aluno inadimplente caracteriza sanção pedagógica, prevista no art. 6º da Medida Provisória nº 1.477.

2. Tal meio de exigir o pagamento das mensalidades se revela como cobrança indireta não prevista em lei.

3. Apelação e remessa oficial improvidas”.

(AMS 66043-CE, Rel. Des. Federal Geraldo Apolinário, 3ª Turma, TRF 5ª Região, DJU 06/11/2000).

“ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ENSINO SUPERIOR. INADIMPLÊNCIA DO ALUNO. PROIBIÇÃO NA EFETUAÇÃO DA MATRÍCULA. ILEGALIDADE. ARTS. 205 E 206 DA CF/88.

1. Não pode a instituição de ensino privada negar-se a efetuar a matrícula de aluno por motivo de inadimplência, uma vez que a mesma dispõe de meios pela via do processo judicial adequado de

buscar a cobrança.

2. A Carta Magna, em seus arts. 205 e 206, assegura a todos o direito à educação, à igualdade para o acesso e a permanência na escola.

3. Agravo improvido”.

(AGTR 31332-SE, Rel. Des. Federal Araken Mariz, 2ª Turma, TRF 5ª Região, *DJU* 12/11/99).

“ADMINISTRATIVO. ENSINO SUPERIOR. MENSALIDADE ESCOLAR. ATRASO NO PAGAMENTO. RENOVAÇÃO DE MATRÍCULA. POSSIBILIDADE.

- É vedada às instituições de ensino a aplicação de quaisquer penalidades pedagógicas aos discentes por motivo de inadimplência (art. 6º da Medida Provisória nº 1.477-55, de 20 de novembro de 1988 – atualmente reproduzido pelo art. 7º da Medida Provisória nº 1890-67, de 22 de outubro de 1999).

- As dívidas relativas a mensalidades em atraso devem ser cobradas pelas vias legais próprias, não podendo a instituição de ensino impedir a matrícula do aluno como meio coercitivo de obtenção de pagamento (Precedentes desta eg. Corte).

- O aproveitamento dos créditos referentes a disciplinas idênticas, mesmo que ministradas em cursos distintos, é direito subjetivo do aluno”.

(AMS 69124-CE, Rel. Des. Federal Ridalvo Costa, 3ª Turma, TRF 5ª Região, *DJU* 10/03/2000).

Depreende-se, pois, que a Universidade dispunha de meios outros, legais e até judiciais, para reaver da aluna eventuais dívidas que a mesma possuía para com aquela entidade, mas jamais poderia ter se utilizado de meios coercitivos, que não lhe são próprios, para tentar solucionar a inadimplência.

Verifico, desta forma, que agiu por bem a MM. Juíza de origem ao deferir a liminar, determinando a matrícula da referida aluna na Universidade, visto que presentes os pressupostos autorizadores de tal concessão.

Do quanto foi exposto, forte nestes argumentos, nego provimento ao agravo de instrumento, mantendo os efeitos da decisão

vergastada.

É como voto.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 45.448-RN

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA
Agravante: INSTITUTO ASSISTENCIAL DOS ADVOGADOS DO NORDESTE - IASAN
Agravada: COMPANHIA DE ÁGUAS E ESGOTOS DO RIO GRANDE DO NORTE - CAERN
Advogados: DRS. CARLOS PESSOA DE AQUINO (AGRTE.) E LUCINALDO DE OLIVEIRA E OUTROS (AGRDA.)

EMENTA: ADMINISTRATIVO. CONTRATO IRREGULAR. ANULAÇÃO DE OFÍCIO. EFICÁCIA.

- É certo que “a Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais” (Súmula nº 473 do STF), bem assim que dita anulação tem efeito retroativo, impedindo os efeitos jurídicos que ordinariamente deveria produzir o ato jurídico, afora de desconstituir os já produzidos, em face do comando do art. 59, caput, da Lei nº 8.666/93. Não há, nessa moldura, como fazer prevalecer contrato administrativo ilegal, já devidamente anulado pelo Poder Público.

- Agravo improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, a Primeira Turma do egrégio Tribunal Regional Federal da 5ª Região decide, por unanimidade, negar provimento ao agravo, nos termos do voto do Relator e notas taquigráficas constantes dos autos, que integram o presente julgado.

Custas, como de lei.

Recife, 10 de abril de 2003 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA:

O IASAN – Instituto Assistencial dos Advogados do Nordeste maneja agravo de instrumento contra decisão da lavra do MM. Juiz da 3ª Vara Federal do Rio Grande do Norte, Dr. Francisco Barros Dias, nos autos da Ação Cautelar nº 2002.84.00.6581-9, a de indeferir liminar pleiteada pelo agravante com o fito de “suspender o curso do edital e do processo administrativo em trâmite” (fls. 05), até o final julgamento das demandas em curso naquele órgão judicial.

O eminente Magistrado de primeiro grau denegou o pedido de sobrestamento do certame, basicamente, sob dois fundamentos, quais sejam: a) a providência solicitada não estaria deduzida na inicial, consistindo em acréscimo inoportuno, eis que o objeto da cautelar seria tão-só o depósito do montante relativo aos meses em atraso; b) não caberia ao Poder Judiciário proferir juízo de valor ou conveniência em relação a ato da Administração de dar ou não continuidade a contrato administrativo. Competiria, noutro aspecto, examinar se o agir implicaria em infringência à lei ou a princípios de direito, o que não teria sido apontado na espécie.

Em seu favor, empenha-se o agravante em demonstrar a ilegalidade do procedimento administrativo que culminou com a abertura da Licitação nº 06/2002, da Companhia de Águas e Esgotos do Rio Grande do Norte – CAERN, com vistas a selecionar outra entidade fechada de previdência complementar a fim de firmarem contrato, embora já houvesse contrato com idêntico objeto firmado entre a CAERN e o IASAN – Instituto Assistencial dos Advogados do Nordeste.

O Desembargador Federal Alcides Saldanha, convocado, no exercício eventual da relatoria do feito, recebeu o recurso apenas no efeito devolutivo (fls. 138/141).

O agravante atravessou petição nos autos (fls. 143/151), requerendo a reconsideração do *decisum* de fls. 138/141, acima indicado, súplica que restou indeferida por meio da decisão de fls. 158.

A parte recorrida, apesar de regularmente intimada (fls. 142), deixou fluir *in albis* o prazo para apresentação da contraminuta ao agravo.

Relatei.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA (Relator):

Cumpra registrar, inicialmente, a aparente incompetência da Justiça Federal para conhecer do feito.

É que o IASAN é constituído pelas Caixas de Assistência dos Advogados, que possuem personalidade jurídica própria, inconfundível com a da OAB. Com esse entendimento, recentemente declarou o Superior Tribunal de Justiça a competência da Justiça Estadual para julgar feito em que figuravam como parte caixas de assistência dos advogados (CC 33050/MG, publicado no *DJ* da União de 27/5/2002, pág. 123).

Não obstante, a questão não fora examinada pelo Juízo de primeiro grau na decisão agravada, motivo pelo qual a reputo, embora digna de registro, inoportuna de discussão nesta sede processual, sob pena de suprimir-se um grau de jurisdição.

Passo, portanto, ao exame da medida substitutiva pleiteada.

A CAERN é sociedade de economia mista, de participação acionária majoritária do Estado do Rio Grande do Norte, e, como tal, se sujeita ou deveria sujeitar-se, indiscutivelmente, às zelosas normas gerais sobre licitações e contratos administrativos, na forma da Lei federal nº 8.666/93, a teor do parágrafo único do artigo primeiro do referido diploma, de teor:

“Art. 1º *Omissis*.

Parágrafo único. Subordinam-se ao regime desta Lei, além dos órgãos da administração direta, os fundos

especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios”.

Tal procedimento, contudo – por motivação que desmerece exame nesta sede –, não precedera ao acordo firmado entre o IASAN e a CAERN, conforme se constata de parecer do Assistente Técnico do Gabinete da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Norte (fls. 43/46) e da cópia da petição inicial da ação declaratória proposta pela própria CAERN (fls. 67/81), a fim de ver-se judicialmente desobrigada em relação à apontada avença.

Constata-se, em adição, dos documentos que instruem os autos, acostados pelo próprio agravante, que este não possui autorização dos órgãos competentes para operar na área de previdência complementar, pois não fora constituído com tais objetivos, nos termos da Lei Complementar nº 109/2001.

Por esse motivo, segundo afirma a CAERN (fls. 70), após assumir o compromisso de complementar as aposentadorias dos ex-servidores da companhia potiguar, o IASAN passou a fazê-lo diretamente – diga-se sem a intermediação de uma entidade de previdência privada legalmente constituída –, sob a rubrica de “auxílio-desemprego”, embora disso não cuidasse a hipótese.

A partir daí, ainda conforme noticiam os autos, a CAERN passou a adotar as providências administrativas apontadas no parecer da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Norte, no sentido de anular o ato administrativo (contrato firmado com o IASAN), em face dos vícios já apontados, bem assim de proceder na forma da Lei nº 8.666/93 para a seleção de nova entidade legalmente constituída e tecnicamente capaz de assegurar o cumprimento do objeto licitado.

Precisas são as considerações do Procurador do Estado do Rio Grande do Norte, lançadas no parecer referenciado, de que extraio o seguinte excerto acerca da imediata anulação do contrato:

“Em todo caso, principalmente por tratar-se de ques-

tão que envolve o interesse público, não se pode calar ante a iminência do descalabro. Neste sentido, é de se admitir a faculdade resolutoria ou anulatória, conforme o caso, por parte da Administração, sem prejuízo da apreciação judicial. Não tem outro sentido a Súmula nº 473 do STF, ao prever a possibilidade de a Administração anular seus próprios atos, quando eivados de vícios” (fls. 44).

Vale, neste passo, recordar o referido verbete sumular da Suprema Corte, de nº 473, segundo o qual “a Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais”, bem assim que dita anulação tem efeito retroativo, impedindo os efeitos jurídicos que ordinariamente deveria produzir o ato jurídico, afora de desconstituir os já produzidos, em face do comando do art. 59, *caput*, da Lei nº 8.666/93.

O intuito do agravante não pode ser outro, a não ser o de, com a condescendência do Poder Judiciário e gozando de imunidade a ser por este concedida, fazer prevalecer contrato administrativo ilegal, já devidamente anulado pelo Poder Público.

Diante de tais elementos, não se pode afirmar exista plausibilidade no direito invocado pelo agravante, derivado exclusivamente do contrato firmado com a CAERN, de ver suspenso o procedimento licitatório iniciado pelo ente público. Ao contrário, o agir da Administração, a fim de corrigir aquele ato, eivado de ilegalidade, afigura-se escorrito, em verdade inevitável, não havendo margem para outra medida senão esta.

À vista do exposto, ausente requisito legal para o deferimento da medida perseguida, nego provimento ao agravo.

Assim voto.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 46.453-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL RIDALVO COSTA
Agravante: UNIÃO
Agravada: GLEYCE BARBOSA CARNEIRO
Advogado: DR. ROGÉRIO PAULO DE LIMA SILVA (AGRDA.)

EMENTA: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. LIMITAÇÃO DA IDADE. 21 ANOS. CURSO DE FORMAÇÃO DOS OFICIAIS AVIADORES DA AERONÁUTICA. RAZOABILIDADE.

- É razoável o limite de idade de 21 anos para inscrição no Concurso de Admissão para Candidatos do Sexo Feminino ao Curso de Formação de Oficiais Aviadores (CA-CFOAV), pois a carreira militar, além de exigir aptidão física e psíquica, estabelece faixa etária para a inatividade menor que a do civil.

- A inconstitucionalidade na limitação de idade, para ingresso em carreira funcional, ocorre se estabelecida sem qualquer razão plausível, que não é o caso da carreira militar.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, dar provimento ao agravo de instrumento, nos termos do relatório e voto anexos, que passam a integrar o presente julgamento.

Recife, 3 de abril de 2003 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL RIDALVO COSTA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL RIDALVO COSTA:

A União interpõe agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, contra decisão proferida pelo MM. Juiz Federal da 3ª

Vara do Ceará, que deferiu pedido liminar em ação cautelar, assegurando à autora, ora agravada, o direito à inscrição no Concurso de Admissão para Candidatos do Sexo Feminino ao Curso de Formação de Oficiais Aviadores (CA-CFOAV) para o ano de 2003, entendendo que o Edital do referido concurso não pode fixar limite de idade, pois tal prerrogativa é reservada à lei, conforme determina a Constituição Federal de 1988.

Alega a União, em síntese, que não estão presentes os requisitos específicos para que a liminar seja garantida à autora (ausência de perigo na demora e de fumaça do bom direito), porque a agravada não preenche o requisito de idade previsto no item nº 2 do aditamento às instruções específicas para o referido concurso.

Deferi o pedido liminar de concessão de efeito suspensivo ao presente agravo de instrumento – fls. 47/48.

Não houve resposta ao recurso.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL RIDALVO COSTA (Relator):

No exame do pedido liminar de efeito suspensivo, em 12/12/2002, deferi o pedido liminar de concessão de efeito suspensivo ao presente agravo de instrumento – fls. 47/48:

“O requisito idade para inscrição em concurso, na esteira da jurisprudência do col. STF, pode ser fixado para acesso ao serviço público quando justificável em face das atribuições do cargo, como é o caso da carreira militar, que demanda maior aptidão física e psíquica e se submete a regras de aposentação que tornam incompatíveis, numa relação custo/benefício, o engajamento de pessoas que ultrapassem determinada idade máxima estabelecida em lei para cada graduação inicial da carreira.

Ante o exposto, relevante a fundamentação e evidente o perigo de lesão grave e de difícil reparação pelo dispêndio de verbas públicas na formação de

militar que inatende aos requisitos legais para assumir essa condição, defiro o pedido liminar de concessão de efeito suspensivo ao presente agravo de instrumento, para sobrestar, até o julgamento do recurso, a eficácia da decisão agravada”.

Entendo que a Constituição Federal efetivamente procurou, em regra geral, eliminar qualquer preconceito em razão de idade, de sexo ou de cor. Entretanto, para a carreira militar, o inciso X do art. 142 da Constituição Federal, acrescentado pela Emenda Constitucional nº 18/98, prevê regra específica, admitindo a limitação de idade para ingresso nas Forças Armadas:

“A lei disporá sobre o ingresso nas Forças Armadas, os limites de idade, a estabilidade e outras condições, de transferência do militar para a inatividade, os direitos, os deveres, a remuneração, as prerrogativas e outras situações especiais dos militares, consideradas as peculiaridades de suas atividades, inclusive aquelas cumpridas por força de compromissos internacionais e de guerra”.

A Lei nº 6.880/80 (Estatuto dos Militares) exige, especificamente para o ingresso em curso de formação de oficiais militares e de graduados, condições relativas à idade do concorrente:

“Art. 11. Para matrícula nos estabelecimentos de ensino militar destinados à formação de oficiais, da ativa e da reserva, e de graduados, além das condições relativas à nacionalidade, idade, aptidão intelectual, capacidade física e idoneidade moral, é necessário que o candidato não exerça ou não tenha exercido atividades prejudiciais ou perigosas à segurança nacional”.

Entendo ser razoável o limite de idade de 21 anos para a inscrição no Concurso de Admissão para Candidatos do Sexo Feminino ao Curso de Formação de Oficiais Aviadores (CA-CFOAV), pois a carreira militar, além de exigir aptidão física e psíquica, estabelece faixa etária para a inatividade menor que a do civil e, dependendo da graduação ou do posto, a faixa etária é diretamente proporcional ao grau hierárquico.

Um Capitão-Tenente, por exemplo, é transferido para a reserva remunerada (inativação) quando atinge a idade-limite de 48 anos, e o Tenente-Brigadeiro é transferido aos 66 anos (art. 98 do Estatuto dos Militares).

Assim, a idade para o ingresso na carreira militar deve estar em consonância com a idade limite para a inatividade.

Conforme consta da petição inicial da ação ordinária, a ora agravada contava, à época do ajuizamento da ação, com 22 anos de idade.

A concessão de tal permissão à agravada, para a inscrição no referido certame inobservada a idade-limite de 21 anos, pode trazer dificuldades à Administração, porque também deverá ser dada a mesma oportunidade a candidatos de 24 ou de 28 e até de já 30 anos de idade, o que comprometerá seriamente o desenvolvimento funcional do serviço militar brasileiro.

Ressalte-se, também, que só a Administração Militar, em tese, tem condições de estabelecer qual a idade-limite mais condizente para o ingresso de pessoal em curso de formação de oficiais, tendo sido tal prerrogativa delegada por lei à administração, dentro, é claro, do princípio da razoabilidade.

Nesse sentido, em caso assemelhado, o col. STF assim decidiu:

“Não é inconstitucional a imposição de limite máximo de idade, para ingresso de praça, nos quadros de Corpo de Bombeiros Militar (CF, art. 42, §§ 9º e 11, no texto original)”. (RE nº 197.479 – DF, 1ª Turma, Re. Min, Octavio Gallotti, julg. 04/04/2000, publ. 18/08/2000).

A inconstitucionalidade ocorreria se fosse estabelecido limite de idade para uma carreira sem que essa limitação tivesse qualquer razão plausível, o que não acontece no caso da carreira militar.

Com essas considerações, dou provimento ao agravo de instrumento.

É o voto.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 47.895-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA
Agravante: COMPANHIA AGROPECUÁRIA E INDUSTRIAL DO NORDESTE - CAPINE
Agravado: INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZAÇÃO E REFORMA AGRÁRIA - INCRA
Advts./Procs: DRS. FERNANDO GOUVEIA DA PAZ E OUTROS (AGRTE.) E MÁRCIO JOSÉ LEITE AMARAL E OUTROS (AGRDO.)

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. DESAPROPRIAÇÃO. EMBARGOS À EXECUÇÃO. RECURSO DE APELAÇÃO RECEBIDO UNICAMENTE NO EFEITO DEVOLUTIVO. DISPENSA DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO. INEXISTÊNCIA DE ÓBICE AO PRONTO LEVANTAMENTO DO NUMERÁRIO INCONTROVERSO. POSSIBILIDADE DE PAGAMENTO DAS BENFEITORIAS EM DINHEIRO. COISA JULGADA.

- O fato de grassar tramitação nesta Corte Regional recurso de apelação interposto pelo INCRA em sede dos embargos à execução não acarreta qualquer empecilho ao pronto levantamento da quantia incontroversa. Isso porque o aludido recurso, consoante é da praxe verificada na espécie, não possui o condão de obstar o prosseguimento da constrição, porquanto destituído de efeito suspensivo.

- Outrossim, entendimento remansoso deste Sodalício reconhece não estar submetida ao duplo grau de jurisdição a sentença exarada em sede de embargos à execução.

- Evidenciada nos autos a natureza incontroversa das cifras perseguidas, nada obsta seu imediato levantamento. Os valores efetivamente depositados pelo INCRA são superiores aos requeridos

na exordial de agravo, bem assim à dívida confessada quando do manejo dos embargos à execução.

- Não remanescem dúvidas, por fim, quanto à possibilidade de pagamento das benfeitorias se realizar em espécie, haja vista tratar-se de disposição expressa constante do próprio título executivo transitado em julgado.

- Agravo provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Primeira Turma do egrégio Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, dar provimento ao agravo, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que integram o presente julgado.

Recife, 12 de junho de 2003 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA:

A CAPINE – Companhia Agropecuária e Industrial do Nordeste agrava de instrumento em contrariedade à decisão da lavra do MM. Juiz Federal Substituto, então no exercício da titularidade da 5ª Vara, Seção Judiciária do Ceará, exarada em sede de execução instaurada nos autos da Ação de Desapropriação nº 96.0033429-3, a de indeferir o pleito de liberação do numerário depositado pelo INCRA, destinado a fazer face ao pagamento das benfeitorias do imóvel expropriado, no montante de R\$ 2.386.851,59 (dois milhões, trezentos e oitenta e seis mil, oitocentos e cinquenta e um reais e cinquenta e nove centavos).

O e. Magistrado de primeiro grau consignou que, encontrando-se os embargos à execução (Proc. nº 2002.81.00.001953-0) com recurso de apelação admitido apenas no efeito devolutivo,

seria normal *determinar o prosseguimento da demanda, em moldes definitivos, com a adoção dos atos executivos necessários à satisfação do crédito remanescente* (fls. 09). Todavia, aconselha o bom alvitre *não desprezar a advertência feita, às fls. 71, pelo MM. Juiz Federal Dr. Antônio Carlos de Martins Mello, reitor do feito, de que “apenas se recomenda maior cautela quanto a eventual pretensão liberatória, sobretudo diante da pendência de recurso”*.

Assim, *ad cautelam*, decidiu o e. Julgador manter os valores depositados à disposição do Juízo até ulterior pronunciamento do MM. Juiz Federal Titular da Vara.

A agravante sustenta que os valores perseguidos são incontroversos, uma vez que o INCRA, ao embargar a excussão, reconheceu ser devida a quantia de R\$ 2.301.912,52 (dois milhões, trezentos e um mil, novecentos e doze reais e cinquenta e dois centavos). Destarte, a discussão acerca do excesso de execução restringe-se hoje à importância de R\$ 208.435,03 (duzentos e oito mil, quatrocentos e trinta e cinco reais e três centavos).

Ademais, em obediência ao comando judicial inserto no título executivo exequendo, há muito transitado em julgado, as benfeitorias devem ser pagas em dinheiro, em exceção à regra do artigo 100 da Carta Magna.

Informações prestadas pelo MM. Julgador de primeiro grau (fls. 57/59).

Contraminuta apresentada pelo INCRA (fls. 63/65), para pugnar pela manutenção da decisão verberada em todos os seus termos.

Foram os autos ao *Parquet* Regional, que opinou pela procedência do pleito de liberação incontinenti do *quantum* perseguido pela agravante, mediante o Parecer de fls. 68/71.

É o que importava resumir.

Relatei.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA (Relator):

Assiste razão à agravante.

Deveras, o fato de grassar tramitação nesta Corte Regional recurso de apelação interposto pelo INCRA em sede dos Embargos à Execução nº 2002.81.00.001953-0 não acarreta qualquer empecilho ao pronto levantamento da quantia incontroversa.

Isso porque o aludido recurso, consoante é da praxe verificada na espécie, não possui o condão de obstar o prosseguimento da constrição, porquanto destituído de efeito suspensivo.

Outrossim, entendimento remansoso deste Sodalício reconhece não estar submetida ao duplo grau de jurisdição a sentença exarada em sede de embargos à execução, escólio que ficou consignado, inclusive, nos autos do AGTR 42332 (2002.05.0.010285-3), manejado pelo INCRA nos mesmos autos de embargos à execução, cuja ementa infra transcrevo:

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO INTERPOSTO EM CONTRARIEDADE À DECISÃO QUE RECEBEU A APELAÇÃO MANEJADA EM SEDE DE EMBARGOS À EXECUÇÃO TÃO-SOMENTE NO EFEITO DEVOLUTIVO. DESCABIMENTO DO REEXAME OBRIGATÓRIO. CONTADORIA. FÉ PÚBLICA. INTELIGÊNCIA DO ART. 558 DO CPC.

– Na esteira do escólio exarado pela Corte Especial do c. STJ, por ocasião do julgamento dos Embargos de Divergência nº 258097-RS, Relator o e. Ministro José Delgado, ‘a sentença que julga procedentes embargos à execução contra a Fazenda Pública não está sujeita ao duplo grau obrigatório de jurisdição.’

– Entendimento que se mantém atual, merecendo aplicação mesmo após o advento da Lei nº 10.352, de 26 de dezembro de 2001, que conferiu nova redação ao artigo 475 do Código de Ritos.

– No exercício de seu *munus* e na qualidade de órgão auxiliar do juízo, a Contadoria é detentora de fé pública, presumindo-se a veracidade, *juris tantum*, de suas informações. Precedentes.

- Inexistência do perigo de lesão grave ou de difícil reparação que, nos termos do artigo 558 do CPC, autorize o recebimento no duplo efeito do recurso de apelação interposto nos autos dos embargos à execução.

- Agravo de instrumento improvido. Agravo regimental prejudicado”.

(TRF-5ª Região, AGTR 42332-CE, Relator o Desembargador Federal José Maria Lucena, decisão unânime da 1ª Turma em 24/10/2002, publicada no *DJ* em 14.11.2002).

Por outro lado, logo ao embargar a execução, a autarquia expropriante agravada confessou serem devidos R\$ 2.311.952,93 (dois milhões, trezentos e onze mil, novecentos e cinqüenta e dois reais e noventa e três centavos) a título de benfeitorias (fls. 16), valores que remontam a 29/01/2002.

Não obstante, aos 07/03/2002, os embargos à execução foram julgados improcedentes, acolhendo o MM. Julgador as informações prestadas pela Contadoria do Juízo para fixar a condenação das benfeitorias em R\$ 2.386.851,59 (dois milhões, trezentos e oitenta e seis mil, oitocentos e cinqüenta e um reais e cinqüenta e nove centavos). Referida quantia veio a ser depositada pela agravada já aos 10/01 do corrente.

Observo, portanto, serem os valores efetivamente depositados pelo INCRA superiores aos requeridos na exordial de agravo – à medida que a requerente pugna pela liberação de R\$ 2.301.912,52 (dois milhões, trezentos e um mil, novecentos e doze reais e cinqüenta e dois centavos) –, bem assim aos já admitidos pela própria agravada em sede de embargos à execução.

Conseqüentemente, resta estreme de dúvidas a natureza incontroversa das cifras perseguidas, nada obstando, pois, seu imediato levantamento.

Não remanescem dúvidas, outrossim, quanto à possibilidade de pagamento das benfeitorias se realizar em espécie.

De fato, ao conhecer da Apelação Cível nº 186240-CE, interposta pelo INCRA nos autos da Ação de Desapropriação

(96.0033429-3), confirmou a c. 1ª Turma deste Sodalício o entendimento esposado pelo MM. Juiz de primeiro grau, para decidir que não existe antinomia entre o adimplemento em dinheiro das benfeitorias, previsto no artigo 14 da Lei Complementar nº 76/93, e a exigência de expedição de precatório, mandamento prescrito no artigo 100 da Carta Magna.

Nessa vereda, transcrevo os fundamentos lavrados pelo MM. Relator, o Desembargador Federal Castro Meira, hoje Ministro do e. STJ, *in verbis*:

“(...) Por fim, questiona o apelante a parte da r. sentença que determinou que a forma da execução do julgado dar-se-á nos moldes do art. 14 da LC 76/93. Argumenta que o pagamento sendo realizado na forma prevista na sentença vai de encontro ao artigo 100 da Constituição vigente, o qual dispõe que os pagamentos devidos pela Fazenda Federal, em virtude de sentença judicial, far-se-ão exclusivamente em ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos.

Pede, assim, que seja reformada a sentença e declarada, incidenter tantum, a inconstitucionalidade dos artigos 14, 15 e 16, porque indissociáveis, da Lei Complementar 76/93.

Para melhor desate, trago à baila o texto dos supracitados artigos:

‘Art. 14. O valor da indenização, estabelecido por sentença, deverá ser depositado pelo expropriante à ordem do juízo, em dinheiro, para as benfeitorias úteis e necessárias, inclusive culturas e pastagens artificiais e, em Títulos da Dívida Agrária, para a terra nua’.

‘Art. 15. Em caso de reforma da sentença, com o aumento do valor da indenização, o expropriante será intimado a depositar a diferença, no prazo de quinze dias’.

‘Art. 16. A pedido do expropriante, após o trânsito em julgado da sentença, será levantada a indenização ou o depósito judicial, deduzidos o valor de tri-

butos e multas incidentes sobre o imóvel, exigíveis até a data da imissão na posse pelo expropriante'. Com relação à matéria, transcrevo a ementa da decisão proferida pelo Excelso Pretório na ADIN 1187-1, promovida por S. Exa. o Sr. Procurador-Geral da República, atendendo à solicitação da Procuradoria Geral do INCRA, cuja ementa transcrevo: 'AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PROCEDIMENTO CONTRADITÓRIO ESPECIAL, DE RITO SUMÁRIO, PARA O PROCESSO DE DESAPROPRIAÇÃO DE IMÓVEL RURAL, POR INTERESSE SOCIAL, PARA FINS DE REFORMA AGRÁRIA. 1) DEPÓSITO EM DINHEIRO, PELO EXPROPRIANTE, DO VALOR DA INDENIZAÇÃO DAS BENFEITORIAS, INCLUSIVE PASTAGENS E CULTURAS ARTIFICIAIS; 2) DEPÓSITO EM TÍTULOS DA DÍVIDA AGRÁRIA, PARA A TERRA NUA. ARTS. 14 E 15 DA LEI COMPLEMENTAR Nº 76, DE 06/07/93.

1. Os arts. 14 e 15 da Lei Complementar nº 76/93 são parte de um sistema que disciplina o pagamento e o recebimento de indenização por desapropriação de imóvel rural, por interesse social para fins de reforma agrária.

2. O acolhimento de impugnação de algumas normas de um sistema (arts. 14 e 15), via ação direta, indissolavelmente ligadas a outras do mesmo sistema (art. 16), não impugnadas na mesma ação, implica em remanescer no texto legal dicção indefinida, assistemática, imponderável e inconseqüente.

3. Impossibilidade do exercício ex officio da jurisdição para incluir no objeto da ação outras normas indissolavelmente ligadas às impugnadas mas não suscitadas pelo requerente.

4. Ação direta não conhecida, ressalvando-se a possibilidade da propositura de nova ação que impugne todo o sistema'.

(STF, Plenário, Rel. p/ acórdão Min. Maurício Cor-

rêa, DJ 30/05/97).

Não examinada, naquela ocasião, pelo col. STF, a inconstitucionalidade instada pela Procuradoria-Geral do Instituto expropriante, requer este, em sede de apelação, seja a mesma declarada em relação aos arts. 14, 15 e 16 da LC 76/93.

Não reconheço a existência de ofensa à Carta Magna.

A Constituição prevê expressamente que ‘as benfeitorias úteis e necessárias serão indenizadas em dinheiro’ (art. 184, § 1º) e que o orçamento fixará o montante de recursos destinados ao ‘programa de reforma agrária no exercício’ (art. 184, § 4º). Trocando em miúdos: a indenização da propriedade rural que se destina à reforma agrária não sujeita o seu titular aos percalços de um precatório. O Governo deve verificar quanto pode despender no exercício para a execução do programa, alocando a verba e separando recursos financeiros necessários para o atendimento de tais indenizações das benfeitorias respectivas.

Sob o aspecto processual, observe-se que a sentença proferida nos processos de desapropriação é distinta das demais. Aqui, o pedido da parte pública é julgado procedente, apenas há ressalva quanto ao valor da indenização. A sentença é constitutiva, não condenatória. O bem que era do particular passa à titularidade da autarquia federal, com destinação específica. A situação é diversa dos demais casos, em que o particular se submete ao regime previsto no art. 100 da Constituição Federal, que tem como pressuposto ‘os pagamentos devidos pela Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, em virtude de sentença judiciária’, ou seja, em casos nos quais a sentença é condenatória, sendo a ação movida pelo particular.

Ressalto, por fim, que o pagamento da indenização mediante precatório é incompatível com a ‘prévia e justa indenização’, já que tem como requisito a de-

mora de, no mínimo, seis meses, considerando que o precatório apresentado até 1º de julho somente poderá ser pago a partir do início, até o final, do exercício seguinte.

Por todo o exposto, nego provimento ao agravo re-tido e dou provimento, em parte, à apelação e à re-messa oficial, esta por força do que dispõe o § 1º do art. 13 da LC 76/93.

É como voto”.

Com essas considerações, dou provimento ao agravo, para deferir o pedido de incontinenti levantamento dos R\$ 2.301.912,52 (dois milhões, trezentos e um mil, novecentos e doze reais e cin-quenta e dois centavos) requeridos, permanecendo o crédito re-manescente à disposição do Juízo até ulterior deliberação.

Assim voto.

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 46.707-RN

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA
Agravante: COMPANHIA DE TECIDOS NORTE DE MINAS – COTEMINAS
Agravada: COMERCIALIZADORA BRASILEIRA DE ENERGIA EMERGENCIAL – CBEE
Partes Rés: COMPANHIA ENERGÉTICA DO RIO GRANDE DO NORTE – COSERN E AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA – ANEEL
Advogados: DRS. EDIVALDO ENGRÁCIO DA SILVA E OUTROS (AGRTE.) E AMÍLCAR BASTOS FALCÃO E OU-TROS (AGRDA.)

EMENTA: PROCESSO CIVIL. AGRAVO REGI-MENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. EN-CARGO TARIFÁRIO. LEI Nº 10.438/2002. RESO-LUÇÃO ANEEL Nº 71/2002. PRESUNÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE. DEPÓSITO JUDICIAL SUSTADO POR DECISÃO MONOCRÁTICA PRO-

FERIDA NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. AUSÊNCIA DO FUMUS BONI JURIS E PERICULUM IN MORA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

- A cobrança do encargo tarifário encontra-se respaldada pela Lei nº 10.438/2002, que converteu a Medida Provisória nº 14/2001, bem como na Resolução ANEEL nº 71/2002, aos quais milita a presunção de constitucionalidade, atributo inseparável de toda norma legal.

- Inexistência de fumus boni juris e de periculum in mora a justificar a reforma da decisão proferida monocraticamente no agravo de instrumento que suspendeu a autorização de depositar o encargo tarifário em juízo.

- Agravo regimental improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 29 de maio de 2003 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA – Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA:

Cuida-se de agravo regimental em agravo de instrumento em face de decisão proferida por esta Relatoria, que, concedendo efeito suspensivo ao recurso interposto pela CBEE – Comercializadora Brasileira de Energia Emergencial, sustou os efeitos de liminar deferida em mandado de segurança impetrado pela Coteminas – Companhia de Tecidos Norte de Minas, ora recorrente, a qual autorizou o depósito judicial dos valores relativos à tarifa de encargo de capacidade emergencial de aquisição de energia elétrica e de

energia livre adquirida no Mercado Atacadista de Energia/MAE, instituído pela Medida Provisória nº 14/2001, que foi convertida na Lei nº 10.438/2002, cobrada juntamente com a conta (tarifa) de energia elétrica.

Segundo a agravante, nas razões do regimental, a decisão recorrida deverá ser reformada, pois o encargo de capacidade emergencial, previsto na Lei nº 10.438/02 e na Resolução ANEEL nº 71/02, tem nítida natureza tributária e não preço público, como previsto nos diplomas legais acima mencionados. Aduz que a distinção entre preço público (que não é compulsório, tem o preço como contraprestação e não se aplica o sistema tributário) e tributo é fundamental para a resolução da questão ora debatida. Alega que, em sendo o encargo tarifário um tributo, deveria ser criado por lei e não por uma Resolução da ANEEL, surgindo daí a inconstitucionalidade de sua cobrança. Aduz, por fim, a existência do direito de depositar em juízo os valores controversos, na forma do art. 151. Requer, ao final, o provimento do recurso.

Relatei.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA (Relator):

Busca a recorrente, por meio do presente regimental, reformar decisão proferida por esta Relatoria, que concedeu efeito suspensivo ao agravo de instrumento interposto pela CBEE - Comercializadora Brasileira de Energia Emergencial, no sentido de sustar liminar deferida em mandado de segurança impetrado pela Coteminas – Companhia de Tecidos Norte de Minas, ora recorrente, a qual autorizou o depósito judicial dos valores relativos à tarifa de encargo de capacidade emergencial de aquisição de energia elétrica e de energia livre adquirida no Mercado Atacadista de Energia/MAE, instituída pela Medida Provisória nº 14/2001, que foi convertida na Lei nº 10.438/2002, cobrada juntamente com a conta (tarifa) de energia elétrica.

Cito, por oportuno, a decisão recorrida, para esclarecer melhor a questão:

“Trata-se de agravo de instrumento com pedido de

efeito suspensivo objetivando sustar decisão proferida pelo MM. Juiz da 5ª Vara Federal/RN (Mandado de Segurança nº 2002.84.00.008730-0), que autorizou à Coteminas – Companhia de Tecidos Norte de Minas depositar judicialmente os valores relativos à tarifa de encargo de capacidade emergencial de aquisição de energia elétrica e de energia livre adquirida no Mercado Atacadista de Energia/MAE, instituída pela Medida Provisória nº 14/2001, que foi convertida na Lei nº 10.438/2002, cobrada juntamente com a conta (tarifa) de energia elétrica.

Segundo a agravante, o referido encargo não tem natureza tributária, pois é dispensável para quem não consome energia elétrica, não havendo, assim, o atributo da compulsoriedade. Além disso, constitui contraprestação destinada a remunerar empresa privada que explora serviço de energia elétrica, nada remunerando a Administração Pública. Afirma, ainda, a existência do caráter tarifário, diante da possibilidade de devolução da quantia paga ao consumido. Requer, ao final, o provimento do recurso.

Decido.

Numa análise perfunctória da questão, própria das tutelas de urgência, onde se busca observar o fumus boni juris e o periculum in mora nas alegações da recorrente, parecem-me procedentes os argumentos apresentados pela agravante.

De fato, a cobrança do encargo tarifário encontra-se respaldada pela Lei nº 10.438/2002, que converteu a Medida Provisória nº 14/2001, bem como na Resolução ANEEL nº 71/2002, às quais milita a presunção de constitucionalidade, atributo inseparável de toda norma legal.

Por sua vez, não vislumbro o periculum in mora a justificar a autorização para recolhimento do dito encargo em depósito judicial, em razão da demora do provimento jurisdicional postulado, tendo em vista a possibilidade de compensação de créditos a ser realizada na conta da recorrida, no caso de, ao final,

ser declarada a ilegalidade da cobrança do encargo emergencial.

Na verdade, compreendo a existência do perigo de dano irreparável à agravante, já que o não recolhimento da tarifa impedirá o bom exercício de seu desiderato, que é a produção emergencial de energia elétrica e a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro das concessionárias do serviço público, o que põe em risco a continuidade e regularidade do serviço de fornecimento de energia elétrica.

Neste sentido, inclusive, vem decidindo a Presidência desta Corte Regional nas Suspensões de Segurança nºs 3328/PE e 3278/CE.

*Ante o exposto, **concedo** efeito suspensivo ao recurso para sustar a autorização de depósito judicial do encargo emergencial”.*

Não vislumbro, neste momento, da análise dos fundamentos da decisão recorrida, qualquer alteração fática ou de direito a justificar o provimento do regimental, pelo que mantenho a decisão impugnada pelos seus próprios fundamentos.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É como voto.

ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE NA APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 80.861-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES
Apelante: UNIÃO
Apelada: MARIA DE LOURDES ALVES PEREIRA
Advogada: DRA. PAULA PIERECK DE SÁ (APDA.)

EMENTA: CONSTITUCIONAL. REQUISIÇÃO PELA RECEITA FEDERAL DE INFORMAÇÕES SOBRE MOVIMENTO BANCÁRIO DE EMPRESA.

- **Argüição de inconstitucionalidade do art. 11, § 3º, da Lei 9.311/96 e do art. 5º, §§ 4º e 5º, da Lei Complementar 105/2001.**
- **Razoabilidade dos poderes conferidos à autoridade fiscal.**
- **Constitucionalidade dos dispositivos questionados.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e examinados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide o Plenário do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por maioria, considerar constitucional o artigo 11, parágrafo 3º, da Lei 9.311/96, e o artigo 5º, parágrafos 4º e 5º, da Lei Complementar 105/2001, nos termos do voto do Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas, que integram o presente.

Custas, como de lei.

Recife, 6 de agosto de 2003 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES:

A eg. Segunda Turma acolheu argüição de inconstitucionalidade suscitada na MAS 80.861-PE, que assim relatei:

“A apelante impugna sentença que declarou a inconstitucionalidade do art. 11, § 3º, da Lei 9.311/96, e do art. 5º, §§ 4º e 5º, da Lei Complementar 105/2001, e concedeu a segurança para que a autoridade apontada coatora se abstenha de requisitar diretamente às instituições financeiras informações protegidas pelo sigilo fiscal.

Alega, em resumo, que a impetrada agiu em face de informações das instituições financeiras ante a cobrança da CPMF, em virtude de movimentação anormal de recursos pela impetrante, no montante

de R\$ 3.151.475,00, no ano de 1998, quando a sua declaração de rendimentos, naquele ano-base, fora de isenta. Ocorre que a sentença se afastou do pedido, ao determinar a proteção do sigilo fiscal, quando fora postulada a proteção do sigilo bancário. Assinala que não houve quebra do sigilo bancário, porque o Banco do Brasil informou à autoridade fiscal o nome da impetrante e o valor global da movimentação, sem discriminação de cada operação de depósito e saque, e respectivo valor recolhido a título de CPMF.

Contra-razões pelo improvimento”.

No voto que então proferi, ressalvei:

“Quanto ao mérito, é preciso, para o seu deslinde, verificar da adequação constitucional dos dispositivos mencionados.

O Superior Tribunal de Justiça, em acórdãos referidos nas contra-razões da apelada, posiciona-se pela invalidade da quebra do sigilo bancário, sem a autorização prévia do Poder Judiciário, devido à garantia constitucional de inviolabilidade dos direitos individuais (fls. 125/127).

Creio desnecessária, por ora, a discussão aprofundada da matéria, o que se dará na apreciação do incidente pelo Plenário deste Tribunal”.

A douta Procuradoria Regional da República, em parecer do Dr. Sady D’Assumpção Torres Filho, manifesta-se pela declaração de constitucionalidade dos preceitos impugnados.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES (Relator):

Ao acolher a argüição, na Turma, impressionou-me, sobretudo, os precedentes do eg. Superior Tribunal de Justiça indicados pela apelada, indicados na petição recursal. Sobre a matéria, contudo, e examinando a mesma situação apreciada nos recursos

especiais mencionados, qual seja, requisição do Ministério Público, o eg. Supremo Tribunal Federal assim se posicionou:

“MANDADO DE SEGURANÇA. SIGILO BANCÁRIO. INSTITUIÇÃO FINANCEIRA EXECUTORA DE POLÍTICA CREDITÍCIA E FINANCEIRA DO GOVERNO FEDERAL.

1. Legitimidade do Ministério Público para requisitar informações e documentos destinados a instruir procedimentos administrativos de sua competência.

2. Solicitação de informações, pelo Ministério Público Federal, ao Banco do Brasil S/A, sobre concessão de empréstimos, subsidiados pelo Tesouro Nacional, com base em plano de governo, a empresas do setor sucro-alcooleiro.

3. Alegação do Banco impetrante de não poder informar os beneficiários dos aludidos empréstimos, por estarem protegidos pelo sigilo bancário, previsto no art. 38 da Lei nº 4.595/1964, e, ainda, ao entendimento de que dirigente do Banco do Brasil S/A não é autoridade, para efeito do art. 8º da LC nº 75/1993.

4. O poder de investigação do Estado é dirigido a coibir atividades afrontosas à ordem jurídica e a garantia do sigilo bancário não se estende às atividades ilícitas. A ordem jurídica confere explicitamente poderes amplos de investigação ao Ministério Público - art. 129, incisos VI, VIII, da Constituição Federal, e art. 8º, incisos II e IV, e § 2º, da Lei Complementar nº 75/1993.

5. Não cabe ao Banco do Brasil negar ao Ministério Público informações sobre nomes de beneficiários de empréstimos concedidos pela instituição, com recursos subsidiados pelo erário federal, sob invocação do sigilo bancário, em se tratando de requisição de informações e documentos para instruir procedimento administrativo instaurado em defesa do patrimônio públi-

co. Princípio da publicidade, *ut* art. 37 da Constituição.

6. No caso concreto, os empréstimos concedidos eram verdadeiros financiamentos públicos, porquanto o Banco do Brasil os realizou na condição de executor da política creditícia e financeira do Governo Federal, que deliberou sobre sua concessão e ainda se comprometeu a proceder à equalização da taxa de juros, sob a forma de subvenção econômica ao setor produtivo, de acordo com a Lei nº 8.427/1992.

7. Mandado de segurança indeferido”.

(MS 21729/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 19/10/01 PP-00033).

A base fática, entendo, é semelhante. A única diferença é que a Lei 9.311/96 e a Lei Complementar 105/2001 atribuem poderes à Secretaria da Receita Federal para requisitar informações às instituições financeiras, submetendo-se, contudo, ao resguardo do sigilo.

Trata-se, pois, de aparelhar o Estado de instrumentos de combate à evasão tributária e à prevenção e repressão de sonegação tributária, o que implica em sobrepor-se relevante interesse público ao também relevante, mas de dimensão que, aplicado o princípio da proporcionalidade, deve ceder às finalidades primordiais do estado democrático de direito.

Ante o exposto, concluo pela constitucionalidade dos dispositivos questionados - art 11, § 3º, da Lei 9.311 /96, e art. 5º, §§ 4º e 5º, da Lei Complementar 105/2001.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 154.869-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APO-
LIANO
Apelante: DEPARTAMENTO NACIONAL DE OBRAS CONTRA
AS SECAS - DNOCS
Apelados: MARIA SOCORRO MENDES ALMEIDA CARVALHO
E OUTROS
Advogados: DRS. LUCIANO SOARES QUEIROZ E OUTROS
(APTE.) E RAIMUNDO IVANILDO DE SENA E OU-
TROS (APDOS.)

**EMENTA: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATI-
VO. CRIAÇÃO DAS FUNÇÕES GRATIFICADAS.
EXTINÇÃO DAS FUNÇÕES DE DIREÇÃO INTER-
MEDIÁRIA. LEIS NºS 8.116/90 E 8.216/91. REEN-
QUADRAMENTO. REMUNERAÇÃO CORRES-
PONDENTE À NOVA FUNÇÃO. APELAÇÃO E
REMESSA OFICIAL IMPROVIDAS.**

**- Em homenagem ao princípio da legalidade, que é princípio basilar que rege a atividade adminis-
trativa, não pode a Administração Pública per-
manecer pagando aos seus servidores exercen-
tes de funções gratificadas, oriundas de trans-
formação legal, valores atribuídos pelo desem-
penho de funções extintas, posto que lhes é de-
vida a percepção da remuneração da nova fun-
ção.**

**- A jurisprudência desta Corte já se pronunciou
no sentido de que, na ausência de regulamento,
à conta do DNOCS, destinado a proceder o reen-
quadramento dos servidores nas novas funções,
aplica-se a norma genérica expedida pela Secre-
taria de Administração Federal, que estabeleceu
a equivalência de níveis entre as novas e as anti-
gas funções (Ofício Circular nº 42/94 da SAF).
Precedentes na AC nº 95168/CE e na AC nº
103663/CE.**

- Apelação e remessa oficial improvidas.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em que são partes as acima identificadas, decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação e à remessa oficial, nos termos da relatório, voto do Desembargador Relator e notas taquigráficas constantes nos autos, que passam a integrar o presente julgado.

Custas, como de lei.

Recife, 12 de junho de 2003 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO:

Cuida-se de ação de cumprimento de obrigação de fazer cumulada com perdas e danos, com pedido de antecipação dos efeitos da tutela, contra o Departamento Nacional de Obras contra as Secas - DNOCS, em feito a obter provimento judicial que assegure aos autores o recebimento de remuneração correspondente à Função Gratificada (FG), criada pela Lei nº 8.216, de 13 de agosto de 1991, sucessora da extinta Função de Grupo Direção e Assistência Intermediária (DAI), da qual são ocupantes, bem como que os atrasados sejam convertidos em perdas e danos, com base no parágrafo 1º do art. 461 do Código de Processo Civil (fls. 3/9). Colacionados os documentos de fls. 10 *usque* 36.

Sustentam os autores, em síntese, que: a) exerceram, por anos ininterruptos, a Função de Grupo Direção e Assistência Intermediária (DAI), criada pela Lei nº 5.645, de 10 de dezembro de 1970, a qual foi transformada em Função de Direção Intermediária (DI), pela Lei nº 8.116, de 13 de dezembro de 1990, e que, por sua vez, foi transformada na supramencionada Função Gratificada (FG), com remuneração superior à da transposta; b) nada obstante, afirmam que a autarquia ré não promoveu a implantação da referida FG, e que a remuneração da função por eles exercida continua

inalterada.

O Magistrado monocrático indeferiu o pedido de antecipação dos efeitos da tutela, às fls. 37/38. Ressalvou, entretanto, a repetição do pedido, após a condenação, caso ficasse demonstrado o requisito exigido no inciso II do art. 273 do Código de Processo Civil.

Regularmente citado e intimado da decisão referida, o DNOCS ofereceu contestação, pugnando pela improcedência do pedido, sob o argumento de que não agiu em desconformidade com a ordem jurídica, uma vez que a proposta de implantação das Funções Gratificadas (FG), criadas pela Lei nº 8.216/91, não fora, ainda, aprovada pelo Ministério do Meio Ambiente, dos Recursos Hídricos e da Amazônia Legal, ao qual é vinculado; logo, não poderia pagar por gratificações inexistentes, já que não haviam sido implementadas.

Após a contestação, o MM Juiz *a quo* revogou a decisão de fls. 37/38 e deferiu a antecipação da tutela requerida.

A sentença julgou o pedido procedente, confirmando os efeitos da tutela antecipadamente concedida, para condenar o DNOCS ao *“pagamento dos atrasados, até a data do cumprimento da obrigação imposta na antecipação concedida, acrescido de juros e correções legais, bem como ao reembolso das custas processuais, e em honorários advocatícios, em favor dos autores, no valor de R\$ 300,00 (trezentos reais), fixados na forma do art. 20, § 4º, do CPC. Tudo a ser apurado em liquidação de sentença.*

Na apelação, o DNOCS pugnou pela reforma da sentença, ao argumento de que vem cumprindo o disposto nos parágrafos 2º e 3º do art. 26 da Lei nº 8.216, de 13/08/91, pois, ao extinguir os cargos comissionados de DI e criar os cargos comissionados de FG, autorizou a permanência do quadro de cargos de DI até a implantação da nova estrutura organizacional.

Contra-razões, às fls. 89/92, pela manutenção da sentença.

Os autos foram a mim redistribuídos, em razão da aposentadoria do Desembargador Relator.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO (Relator):

Penso não merecer qualquer censura ou glosa o r. *decisum* vergastado, a teor próprio e pelos fundamentos a seguir delineados.

A pretensão dos autores consiste em perceber remuneração correspondente à Função Gratificada (FG), criada pela Lei nº 8.216, de 13 de agosto de 1991, por eles desempenhada, a qual foi sucedida pela extinta Função de Grupo Direção e Assistência Intermediária (DAI).

Segundo afirmam, a Lei nº 8.216, de 13/08/91, não está sendo cumprida pelo promovido, o que o DNOCS ratifica, pois, apesar de terem sido criadas as Funções Gratificadas (FGs), não foram implantadas pela ré, que vem mantendo a já extinta Função do Grupo Direção e Assistência Intermediária (DAI), cuja retribuição estipendiária é inferior à FG.

Ao meu sentir, merecem amparo as alegativas dos autores.

A transformação das antigas Funções de Direção e Assistência Intermediária (DAI) em funções de confiança de Direção Intermediária (DI), foi estabelecida pela Lei 8.116/90, de 13 de dezembro de 1990, consoante se depreende do seu inteiro teor, *verbis*:

“Art. 1º São transformadas em funções de confiança de Direção Intermediária - Código 01, sem aumento de despesa, 19.280 (dezenove mil, duzentas e oitenta) funções de confiança do Grupo Direção e Assistência Intermediárias -DAI, mantido o valor unitário de Cr\$ 10.675,95 (dez mil, seiscentos e setenta e cinco cruzeiros e noventa e cinco centavos) mensais”.

Por seu turno, a Lei nº 8.216/91, em seu art. 26, extinguiu as funções de Direção Intermediária (DI) e criou as Funções Gratificadas (FG), atribuindo novos valores remuneratórios aos servidores que as desempenhassem:

“Art. 26. São extintas as funções de Direção Inter-

mediária (DI), de que trata o art. 1º da Lei nº 8.116, de 13 de dezembro de 1990, e criadas 19.280 Funções Gratificadas (FG) sendo:

I - 5.280 FG-1 no valor unitário de Cr\$ 36.583,34 (trinta e seis mil, quinhentos e oitenta e três cruzeiros e trinta e quatro centavos);

II - 6.000 FG-2 no valor unitário de Cr\$ 28.166,67 (vinte e oito mil, cento e sessenta e seis cruzeiros e sessenta e sete centavos);

III - 8.000 FG-3 no valor unitário de Cr\$ 21.666,67 (vinte e um mil, seiscentos e sessenta e seis cruzeiros e sessenta e sete centavos).

Parágrafo 1º - *omissis*.

Parágrafo 2º - O regulamento disporá sobre a distribuição e as atribuições das Funções Gratificadas.

Parágrafo 3º - Até que seja aplicado o regulamento, poderão ser mantidos, no interesse da Administração, os atuais ocupantes de Funções de Direção Intermediária, com a remuneração respectiva, reajustada nos termos do art. 1º desta Lei”.

Ora, a expressa dicção do parágrafo 3º adrede reproduzido, não deixa margem de dúvida no tocante ao direito dos autores, que continuaram a exercer as atribuições das Funções de DAI e de DI, já extintas, *ex vi* da Lei nº 8.216/91, de perceberem a remuneração correspondente à nova Função (FG), ainda que não tenha sido criado regulamento, com vistas a implantar a nova estrutura organizacional decorrente da referida lei.

Entender em sentido contrário seria o mesmo que continuar a pagar aos autores remuneração de funções extintas e, portanto, inexistentes, posto que atualmente só existem as chamadas Funções Gratificadas (FGs), criadas pela Lei nº 8.216/91, em cujo desempenho se acham os ora recorridos.

É sabido que o administrador público deve seguir, em toda a sua atividade funcional, as pautas estritamente tracejadas pela lei, bem como as exigências do bem comum, e delas não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido. Tal ilação é corolário do princípio da legalidade, estatuído no art. 37, *caput*, da

Constituição Federal.

A esse respeito, é esclarecedora a ensinança de Hely Lopes Meirelles, na obra *Direito Administrativo Brasileiro*, 20ª edição, p. 82/83: “Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa ‘pode fazer assim’; para o administrador público significa ‘deve fazer assim’”.

In casu, é vedado à Administração Pública permanecer pagando aos seus servidores exercentes de funções gratificadas, oriundas de transformação legal, valores atribuídos pelo desempenho de funções extintas, pelo que é devida a percepção da remuneração da nova função ao servidor que efetivamente a exerce.

A jurisprudência desta Corte já se pronunciou corroborando a tese suso esposada, e consolidou entendimento no sentido de que, na ausência de regulamento, à conta do DNOCS, destinado a proceder o reequadramento dos servidores nas novas funções, aplica-se a norma genérica expedida pela Secretaria de Administração Federal, que estabeleceu a equivalência de níveis entre as novas e as antigas funções (Ofício Circular nº 42/94 da SAF).

A propósito, confira-se as ementas dos seguintes julgados, as quais transcrevo *ad litteram*:

“ADMINISTRATIVO. AÇÃO ORDINÁRIA. IMPLANTAÇÃO DE FUNÇÃO GRATIFICADA. LEI Nº 8.216/91. DNOCS.

1. Permanecendo os servidores no exercício de funções de DAI ou DI, extintas pelas FGs, criadas pela Lei nº 8.216/91, fazem jus à transformação da antiga para a nova função, com a mesma repercussão vencimental. Adequação da situação de fato ao princípio da legalidade.

2. Apelação improvida”.

(TRF – 5ª Região, AC nº 103667/CE, Rel. Juiz Manoel Erhardt (Substituto), DJU 22/08/97, p. 66625).

“ADMINISTRATIVO. DNOCS. TRANSFORMAÇÃO. FUNÇÕES DE DIREÇÃO. FUNÇÃO GRATIFICADA.

LEIS NºS 8.116/90 E 8.216/91. PERCEPÇÃO DE REMUNERAÇÃO.

-É devida a percepção da remuneração da nova função ao servidor que a exerce, não sendo correto a Administração persistir pagando aos seus servidores exercentes de funções gratificadas, oriundas de transformação legal, valores atribuídos pelo desempenho de funções extintas.

-Apelo improvido. Sentença mantida.”

(TRF – 5ª Região, AC nº 106608/CE, Rel. Juiz Francisco Falcão, *DJU* 31/01/97, p. 003975).

“ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. FUNÇÃO DE DIREÇÃO INTERMEDIÁRIA - DI. EXTINÇÃO. FUNÇÃO GRATIFICAÇÃO - FG. CRIAÇÃO. LEI Nº 8.216/91. REENQUADRAMENTO. REGULAMENTO. OMISSÃO.

- Servidores do DNOCS, ocupantes de funções de direção e assistência intermediária, transformadas pela Lei nº 8.216/91, símbolo FG, e que permaneceram no desempenho do mesmo *munus*, porém, com a retribuição correspondente às funções já extintas.

- Na ausência de regulamento, à conta do DNOCS, destinado a proceder o reequadramento dos servidores nas novas funções, aplica-se a norma genérica expedida pela Secretaria de Administração Federal, que estabeleceu a equivalência de níveis entre as novas e as antigas funções (Ofício Circular nº 42/94 da SAF).

- Precedentes deste eg. Tribunal: AC nº 95.168/CE, AC nº 103663/CE”.

(AC nº 7.344/CE, Rel. Juiz Rogério Fialho Moreira (Substituto), *DJ* 14/11/97, p. 97.493).

Pautado nessas razões, mantenho a respeitável sentença de origem e, de conseqüência, nego provimento à apelação e à remessa oficial.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 157.825-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL RIDALVO COSTA
Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelada: PASSAMANARIA DO NORDESTE S/A – MASSA FALIDA
Advogados: DRS. FRANCISCO DANILO FEITOSA E OUTROS (APTE.) E JOSÉ MAGNO CAMPOS PINTO E OUTROS (APDA.)

EMENTA: EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. MASSA FALIDA. PEDIDO DE EXCLUSÃO DE MULTA E JUROS. PROVA. ÔNUS DO EMBARGANTE.

- Multa não cobrada. Falta de interesse para os embargos do devedor ao impugnar a matéria.

- Execução fiscal ajuizada após a decretação da auto-falência da empresa. Ausência de prova nos embargos de que o ativo da empresa falida é inferior ao passivo, para fins de não-incidência de juros. Ônus do embargante.

- Prevalência da presunção relativa do débito regularmente inscrito.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, declarar a extinção dos embargos, sem exame do mérito, por carência de ação, com referência à multa, e dar provimento à apelação e à remessa oficial, nos termos do relatório e voto anexos, que passam a integrar o presente julgamento.

Recife, 24 de abril de 2003 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL RIDALVO COSTA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL RIDALVO COSTA:

Passamanaria do Nordeste S/A - Massa Falida opôs embargos à execução fiscal movida pelo INSS - Instituto Nacional do Seguro Social, visando a desconstituir as Certidões de Dívida Ativa de nºs 32.062.561-3 e 32.062.926-0: a primeira, decorrente da falta de recolhimento pela empresa das contribuições devidas ao INSS e terceiros, incidentes sobre o 13º salário de 1993, e a segunda, da contribuição previdenciária sobre o pró-labore dos administradores e autônomos.

O embargado, ora apelante, requereu, posteriormente, a exclusão da CDA de nº 32.062.926-0, em face do cancelamento da inscrição.

A sentença julgou procedentes os embargos, entendendo inegociável a cobrança de juros e multas em débitos fiscais de empresa em processo de falência, e condenou o instituto-embargado ao pagamento dos honorários advocatícios arbitrados em 10% (dez por cento) sobre o valor atribuído à execução.

A apelação sustenta que os créditos da Fazenda Nacional decorrentes de multa ou penalidades pecuniárias até a data da decretação da falência constituem encargos da massa, na forma do art. 9º do Decreto-lei nº 1.893/81. Alega, também, que tais créditos integram o processo de falência, mas não se sujeitam à habilitação propriamente dita, por tratarem-se de dívida ativa.

Contra-razões – fls. 115/119.

Sentença sujeita ao reexame necessário.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL RIDALVO COSTA (Relator):

O valor principal do débito referente à CDA de nº 32.062.561-3 não foi questionado, discute-se, apenas, a incidência, ou não, de multa e juros de mora sobre débito fiscal.

Não houve cobrança de multa no título executivo, conforme se infere da CDA de fls. 04/06 dos autos principais. Inexistente o interesse da apelada a justificar a oposição dos embargos quanto à

matéria.

A Lei de Falências (Decreto-lei nº 7.661/45) prevê a não-incidência dos juros quando insuficiente o ativo para o pagamento do principal:

“Art. 26. Contra a massa não correm juros, ainda que estipulados forem, se o ativo apurado não bastar para o pagamento do principal.
(...)”

A apelada teve sua autofalência decretada por sentença em 04.08.94 e embargou à execução em 03/09/96. A ela caberia provar que o seu ativo era inferior ao passivo, seja com a cópia do balanço patrimonial que fizera para requerer a autofalência, conforme exigência do art. 8º da Lei de Falências, seja com a cópia do relatório de liquidação, se já tivesse sido realizada no processo falimentar. À vista dos elementos constantes nos autos, não é possível aferir que os juros não deveriam incidir.

Acerca do ônus da prova na ação de embargos, leciona Humberto Theodoro Júnior:

“(...) a posição do credor na execução é especialíssima, pois, para fazer valer seu direito, nada tem que provar, já que o título executivo de que dispõe é prova cabal de seu crédito e razão suficiente para levar a execução forçada até as últimas conseqüências. Para pretender desconstituí-lo, diante da presunção legal de legitimidade que o ampara, toca ao devedor embargante todo o ônus da prova (...)”.
(*Processo de Execução*, Livraria e Editora Universitária de Direito, 21ª ed., SP, 2002, p. 405).

A embargante, ora apelada, não se desincumbiu a contento do ônus probatório que lhe competia, de maneira a desconstituir o título executivo amparado pela presunção legal de liquidez e certeza.

Por fim, entendo incabível a inversão da sucumbência. Com efeito, a execução fiscal fora proposta com base em duas Certidões de Dívida Ativa, uma das quais fora cancelada, após o ajuizamento dos embargos. Embora o art. 26 da Lei nº 6.830/80 estabele-

leça que, se o cancelamento da dívida ocorrer antes da sentença, a extinção se dará sem ônus para as partes, há entendimento pacificado no eg. STJ de que é cabível a condenação em honorários advocatícios, quando o devedor for chamado a se defender:

“EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL CONTRA DECISÃO QUE NEGOU PROVIMENTO A AGRAVO DE INSTRUMENTO PARA FAZER SUBIR RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. CANCELAMENTO DA INSCRIÇÃO DA DÍVIDA ATIVA. EXTINÇÃO DO PROCESSO. CUSTAS PROCESSUAIS DEVIDAS. PRECEDENTES.

1. Agravo regimental interposto contra decisão que, com base no art. 544, § 2º, do CPC, entendeu não emprestar caminhada a agravo de instrumento intentado para fazer subir recurso especial, negando-lhe, assim, provimento.

2. O art. 26 da Lei de Execuções Fiscais (nº 6.830/80), estabelece que ‘se, antes da decisão de primeira instância, a inscrição de dívida ativa for, a qualquer título, cancelada, a execução será extinta, sem qualquer ônus para as partes’.

3. No entanto, pacífico o entendimento nesta Corte Superior no sentido de que, em executivo fiscal, sendo cancelada a inscrição da dívida ativa, a extinção do feito implica na condenação da Fazenda Pública ao pagamento das custas processuais (caso dos autos), assim como, se efetivada a citação, dos honorários advocatícios.

4. Aplicação da Súmula nº 153 do Superior Tribunal de Justiça: ‘a desistência da execução fiscal, após o oferecimento dos embargos, não exime o exequente dos encargos da sucumbência’. Precedentes.

5. Teses desenvolvidas pela agravante que se apresentam infrutíferas à reforma da decisão hostilizada, pelo que se denota a sua manutenção.

6. Agravo regimental improvido.”

(1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, AGA nº 347783-PR, julg. em 20/03/01).

Sem honorários advocatícios, portanto, diante da sucumbência recíproca.

Com essas considerações, declaro a extinção dos embargos, sem exame do mérito, por carência de ação, com referência à multa, e dou provimento à apelação e à remessa oficial, para determinar o prosseguimento da execução fiscal pela CDA de nº 32.062.561-3.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 161.616-SE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL ERHARDT
(CONVOCADO)
Apelante: ANA MARIA FRANCO TEIXEIRA
Apelada: UNIÃO
Advogados: DRS. JANE TEREZA VIEIRA DA FONSECA E OUTROS (APTE.)

EMENTA: ADMINISTRATIVO. AÇÃO ORDINÁRIA. PEDIDO DE REINTEGRAÇÃO. CARGO DE CIRURGIÃO-DENTISTA. ART. 243 DO REGIME JURÍDICO ÚNICO. ESTABILIDADE DO ART. 19 DO ADCT DA CONSTITUIÇÃO DE 1988. RECONHECIMENTO. MODIFICAÇÃO DO DECISUM.

- Demonstrado que o autor exercia as funções de cirurgião-dentista do INAMPS há mais de cinco anos quando do advento da Constituição de 1988, fato inclusive assegurado por decisão da Justiça Obreira, reconhece-se que o mesmo fora alcançado pela estabilidade do art. 19 do ADCT da Carta Magna.

- A transmutação do regime jurídico do autor, de celetista para estatutário, por força da Lei nº 8.112/90, impede que o mesmo seja afastado sumariamente do cargo no ano de 1995, uma vez que o servidor público estável só poderia perder o cargo em face de sentença judicial transitada

***em julgado ou através de processo administrativo em que lhe fosse assegurada ampla defesa, o que incorreu na hipótese.
- Apelação provida.***

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, dar provimento à apelação, nos termos do voto do Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 22 de maio de 2003 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL ERHARDT - Relator Convocado

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL ERHARDT (Convocado):

Ana Maria Franco Teixeira propôs ação ordinária contra a União Federal visando à decretação de nulidade da sua demissão no ano de 1995, com a conseqüente reintegração e pagamento de diferenças salariais entre os vencimentos pagos pelo cargo de cirurgião-dentista e aqueles recebidos até julho de 1995, bem como os valores integrais após agosto de 1995. Como pedido sucessivo, requer a fixação dos vencimentos em 10/12/90, “após reajustadas até esta data as tabelas de unidade de serviço com base nos índices de reajuste concedidos aos funcionários públicos federais e, a partir de 11/12/90, fazer incidir os mesmos reajustes aplicados aos servidores públicos da União, nos salários fixados, pagando as diferenças salariais vencidas desde 11/12/90 e até a promoção desta ação, e vincendas até inclusão em folha de pagamento”. Tudo com acréscimo de férias e gratificação natalina.

O MM. Juiz Federal da 1ª Vara da Seccional de Sergipe julgou improcedente o pedido autoral, sob a alegação de que a autora não adquirira a condição de servidora pública.

Inconformada, recorre a autora, alegando, em suma, que faz

jus ao pleito inicial, tendo em vista os arts. 243 da Lei nº 8.112/90 e 19 do ADCT da *Lex Magna*.

Com as contra-razões, vieram-me os autos conclusos por distribuição.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL ERHARDT (Relator Convocado):

A sentença entendeu que a autora/apelante, muito embora tenha direito à estabilidade no serviço, não faz jus à efetivação no serviço público, uma vez que esta somente ocorre com a aprovação prévia em concurso público.

Desse modo, não poderia a autora/apelante ser beneficiada com a fixação de vencimentos a partir de 10/12/90, nem tampouco com os índices concedidos aos funcionários públicos, eis que não ostenta essa condição. Nesse prisma, segundo a sentença, o pedido de declaração de nulidade de demissão e reintegração no cargo extrapola a competência da Justiça Federal, cabendo somente à Justiça especializada do Trabalho dispor sobre a matéria.

Alega a autora/apelante que ajuizara reclamação trabalhista em 03/04/90, no Foro Laboral, contra o seu empregador, o antigo INAMPS, obtendo, dentre outros pedidos, o reconhecimento do vínculo desde 10/08/1976, conforme sentença concedida em 20/10/1990, com trânsito em julgado em 29/10/96.

Invoca em prol do seu direito o art. 19 do ADCT da Constituição de 1988, bem como o art. 243 da Lei nº 8.112/90, *in verbis*:

“Ficam submetidos ao regime jurídico instituído por esta lei, na qualidade de servidores públicos, os servidores dos Poderes da União, dos ex-Territórios, das autarquias, inclusive as em regime especial, e das fundações públicas, regidas pela Lei nº 1.711, de 28 de outubro de 1952 – Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União, ou pela Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto nº 5.432, de 1º de maio de 1943, exceto os contratados por

prazo determinado, cujos contratos não poderão ser prorrogados após o vencimento do prazo de prorrogação”.

Segundo a documentação dos autos, a 3ª JCJ de Aracaju/SE, em 15/10/90, julgou procedente, em parte, reclamação trabalhista movida pela autora e outros contra o INAMPS, condenando esta a proceder, “... às anotações obrigatórias nas CTPS dos reclamantes, tomando como data de admissão as datas do efetivo credenciamento...”. (Fls. 24).

Pelo que se vê, a autora/apelante obteve na Justiça Laboral o reconhecimento do vínculo celetista, pela desempenho de atividade de cirurgiã-dentista. Em agosto de 1995, fora a autora demitida sumariamente.

Cinge-se, pois, a questão em saber se a situação da autora/apelante, decorrente do regime laboral (celetista) – reconhecido pela Justiça Obreira –, com o advento da Lei nº 8.112/90, foi transmutada para o regime administrativo (RJU) e, em caso positivo, saber se a autora faz jus à reintegração no **cargo** equiparado no serviço público.

Entendo que, com a edição da Lei nº 8.112/90, a autora/apelante fora contemplada com a mudança de regime.

Com efeito, a questão fática anterior ao ano de 1990 já ficou patenteada na decisão da Justiça Obreira, sendo a autora alcançada pela disposição do art. 19 do ADCT, *in verbis*:

“Os servidores públicos civis da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, da administração direta, autárquica e das fundações públicas, em exercício na data da promulgação da Constituição, há pelo menos cinco anos continuados, e que não tenham sido admitidos na forma regulada no art. 37, da Constituição, são considerados estáveis no serviço público”.

Ora, quando a Constituição entrou em vigor a autora/apelante já contava com mais de cinco anos de serviços prestados ao INAMPS, na condição de cirurgiã-dentista.

Sendo atingida pela estabilidade do art. 19 do ADCT, não poderia a autora/apelante ser afastada sumariamente do seu cargo através de ato administrativo de dispensa, uma vez que em 1995 o servidor público estável só poderia perder o cargo em face de sentença judicial transitada em julgado ou através de processo administrativo em que lhe fosse assegurada ampla defesa, o que incorreu.

Por conseqüência, tendo em vista a flagrante nulidade do ato, impõe-se seja a autora reintegrada ao cargo, diferentemente do que entendeu o *decisum*.

Este eg. TRF já decidiu a questão em pleito semelhante, como se verifica da ementa a seguir transcrita:

“ADMINISTRATIVO. REINTEGRAÇÃO DE SERVIDOR CREDENCIADO CUJO VÍNCULO EMPREGATÍCIO COM O EXTINTO INAMPS FORA RECONHECIDO POR SENTENÇA TRÂNSITA EM JULGADO.
- Ilegalidade da dispensa procedida após a edição da Lei 8.112/90 e sem a prévia apuração de falta em procedimento administrativo.
- Apuração do padrão vencimental.
- Apelo da União e remessa oficial improvidas. Provimento do recurso da autora”.
(2ª Turma, AC nº 203.042-SE, Rel. Des. Federal Lázaro Guimarães, julg. 22/08/2000, unân.).

No mesmo sentido, a AC nº 210.219-SE e a AC nº 199.108-SE.

Com essas considerações, dou provimento à apelação para modificar a sentença e julgar procedente a ação ordinária. Fixo os honorários advocatícios em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 242.238-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA
Apelante: COMPANHIA NACIONAL DE ABASTECIMENTO - CONAB
Apelada: ARROZEIRA MORADA NOVA
Advs./Procs.: DRS. JOSÉ MARCELO DE AMORIM E OUTROS (APTE.) E LÚCIO MODESTO CHAVES L. DE FARIAS E OUTRO (APDA.)

EMENTA: CONSTITUCIONAL E CIVIL. EXPLORAÇÃO PELO ESTADO DE ATIVIDADE ECONÔMICA DE NATUREZA PRIVADA. BENEFICIAMENTO DE ARROZ PARA A REDE SOMAR. RESCISÃO UNILATERAL DE CONTRATO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. EXTINÇÃO DA REDE SOMAR ANTERIORMENTE À CELEBRAÇÃO DO PACTO. INDENIZAÇÃO DE PERDAS E DANOS PARA A CONTRATADA.

- Nos termos do art. 173, § 1º, da Constituição Federal, o Estado, quando explora diretamente atividade econômica, por intermédio de empresa pública, sociedade de economia mista e/ou suas subsidiárias, ressalvados os casos previstos na Carta Maior, sujeitar-se-á ao “regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários”. Comprovação na espécie do exercício de atividade privada, em face do art. 1º, parágrafo único, do Regulamento Simplificado de Compra e Venda de Produtos e Contratação de Serviços de Apoio à Comercialização da CONAB – Companhia Nacional de Abastecimento.

- Se a Administração Pública celebra contrato de prestação de serviços com empresa privada após ter tido pleno conhecimento de que o fato motivador de seu ato já não subsistia – extinção pré-

via da Rede Somar –, cabe a ela indenizar por perdas e danos a contratada pela rescisão unilateral do acordo. Culpa não ressalvada pelo art. 1.058 do Código Civil – caso fortuito ou força maior.

- “Salvo as exceções previstas neste Código, de modo expresse, as perdas e danos devidos ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar” - art. 1.059 do Código Civil.

- Sentença que estipulou a indenização por perdas e danos na quantia equivalente ao montante do produto a ser beneficiado menos o efetivamente processado e pago pelo Estado. Demais elementos probatórios dos gastos realizados pela contratada devidamente apreciados. Decisão que não merece reforma.

- Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Primeira Turma do Egrégio Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por maioria, negar provimento à apelação, nos termos do voto do Relator e notas taquigráficas constantes dos autos, que integram o presente julgado.

Custas, como de lei.

Recife, 26 de junho de 2003 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA:

Apelação de sentença proferida nos autos da Ação Ordinária nº 98.0023231-1, proposta por Arrozeira Morada Nova contra a CONAB – Companhia Nacional de Abastecimento e a União, vi-

sando à reparação dos danos sofridos em virtude de rescisão unilateral de contrato pela CONAB.

A autora participou de licitação promovida pela ré, na modalidade de convite, visando ao beneficiamento de 14.040.918 kg de arroz (fls. 125), tendo enviado a proposta em 23 (vinte e três) de março de 1997 (fls. 259). Informada de que saíra vitoriosa no certame em ofício datado de 24 (vinte e quatro) de abril de 1997 (fls. 259), juntamente com outra concorrente, coube-lhe a cota de 7.020.459 kg e o preço final ajustado de R\$ 0,14/kg de arroz beneficiado (fls. 351). Como garantia da realização do negócio, a empresa contratada realizou, em 09 (nove) de maio de 1997, depósito bancário no valor de R\$ 412.445,78 na conta da CONAB, a título de garantia (fls. 278).

A empresa alegou, ainda, ter despendido a quantia de R\$ 225.196,33 para as edificações necessárias ao beneficiamento de tal volume de arroz (fls. 09).

Não obstante o acordado, o contrato de execução do beneficiamento do arroz foi suspenso, em virtude da Resolução nº 02 do Conselho de Administração da CONAB, expedida em 17 (dezesete) de abril de 1997 (fls. 376), extinguindo o Programa Rede Somar.

A CONAB determinou, então, que a execução se restringisse à quantidade de produto já retirado pela empresa contratada, volume esse correspondente a 180.000 kg de arroz, conforme atestado no documento de fls. 403.

Irresignada, a Arrozeira Morada Nova ingressou com uma ação ordinária de reparação de danos, alegando violação ao art. 65, II, parágrafos 1º e 2º, da Lei 8.666/93, que vedaria quaisquer acréscimos ou supressões ao contrato em valores superiores a 25% do valor inicial.

A União, citada para contestar a ação, requereu a exclusão do pólo passivo (fls. 495/496), pleito acolhido pelo e. Juiz monocrático.

A sentença, afirmando que a Administração criou os entraves que impossibilitaram a realização do contrato, julgou em parte procedente o pedido, impondo à CONAB o pagamento, a título de re-

paração por danos, da quantia de R\$ 957.664,26, valor este resultante da multiplicação do total restante a ser beneficiado (7.020.459 Kg [total acordado (fls. 283)] menos 180.000Kg [arroz já aprimorado]), ou seja, 6.840.459 kg pelo preço contratado (R\$ 0,14/kg). Acresceu, ainda, à condenação a correção monetária e os juros de mora no percentual de 6% ao ano (fls. 543).

A CONAB, inconformada, recorre a esta Corte buscando a reforma da sentença. Sustenta, em breve síntese, que as edificações mencionadas pela empresa-autora tiveram sua construção iniciada em novembro de 1996, época em que não existia qualquer expectativa de contratação entre as duas partes litigantes.

Alega, por fim, que a rescisão unilateral do contrato decorreu de caso fortuito ou força maior (fls. 549).

Contra-razões às fls. 553/559.

Relatei.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA (Relator):

Estabelece o art. 173, § 2º, II, da Constituição da República:

“Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. (Grifo nosso).

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:

(...)

II – a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários; (grifo nosso)

(...)”.

Analisando o dispositivo em epígrafe, a administrativista Maria Sylvia Zanella Di Pietro chega às seguintes conclusões:

“Uma primeira ilação que se tira do art. 173, § 1º, é a de que, quando o Estado, por intermédio dessas empresas, exerce atividade econômica, reservada preferencialmente ao particular pelo caput do dispositivo, ele obedece, no silêncio da lei, a normas de direito privado. Estas normas são a regra; o direito público é exceção e, como tal, deve ser interpretado restritivamente.

Outra conclusão é a de que, se a própria Constituição estabelece o regime jurídico de direito privado, as derrogações a esse regime somente são admissíveis quando dela decorrem implícita ou explicitamente. A lei ordinária não pode derogar o direito comum, se não admitida essa possibilidade pela Constituição”. (Direito Administrativo, 13ª ed., p. 375).

Sendo, portanto, a CONAB uma empresa pública federal (fls. 64), que desempenha atividade econômica de natureza privada, sujeitar-se-á ao regime jurídico de direito privado. Afastada está qualquer dúvida quanto à natureza das atividades exercidas pela ora apelante diante do Regulamento Simplificado de Compra e Venda de Produtos e Contratação de Serviços de Apoio à Comercialização (fls. 66 *usque* 77), o qual, em seu artigo primeiro, parágrafo único, diz, *in verbis*:

“Parágrafo único. A atuação da CONAB no domínio econômico decorre de sua própria Lei de constituição (Lei nº 8.029/90) e respalda-se no artigo 173, parágrafo 1º, da Constituição Federal de 1988, na Lei 8.666/93, notadamente no artigo 24, inciso VI, devidamente consubstanciados nos Pareceres Jurídicos COBAL/COJUR nº 157/90 e CONAB/PRO-JU nº 09/91”. (Fls. 68).

Nessa trilha, mostra-se, então, irrepreensível a opção do e. Julgador monocrático pelo Código Civil como norma de regência aplicável para a solução do litígio.

A CONAB não discorda da aplicação da lei substantiva civil à espécie, porquanto busca exonerar-se da obrigação de indenizar com fulcro no seu art. 1.058:

“Art. 1.058. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito, ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado, exceto nos casos dos arts. 955, 956 e 957. Parágrafo único. O caso fortuito, ou de força maior, verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar, ou impedir”.

Alega a apelante que a extinção da Rede Somar “podia ser prevista, mas, em compensação, não podia ser dominada pela devedora, dentro de suas forças e possibilidades” (fls. 508).

No entanto, uma análise de todo o conjunto probatório dos autos, com atenção especial para as datas de expedição da Resolução que extinguiu a Rede Somar (17.04.97) e da celebração do contrato entre apelante e apelada (09.05.97), exhibe uma verdade incontestável.

A Resolução nº 02 do Conselho de Administração da própria CONAB, extinguindo a Somar de fato, saiu no dia 17 (dezessete) de abril de 1997, para entrar em vigor em 19 (dezenove) de junho de 1997 (fls. 376).

Mas, em 09 (nove) de maio de 1997, ou seja, quase um mês após a expedição da Resolução citada, a CONAB assinou o contrato de prestação de serviços com a empresa. Nessa moldura, claramente afastada está a hipótese do art. 1.058, visto que o fato narrado não se enquadra no conceito legal de caso fortuito ou força maior dado por seu parágrafo único – *fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar, ou impedir*.

Devido, assim, o pagamento de perdas e danos.

Prefacialmente, é mister ressaltar que, no tocante à devolução da garantia e ao pagamento dos valores devidos até a data da rescisão unilateral, não cabe qualquer indagação, em face das ordens bancárias emitidas pela CONAB e insertas às fls. 421/422, comprovando o adimplemento do ente estatal perante a empresa contratada.

Quanto à alegação da apelada de que teria edificado *obras de engenharia civil para poder beneficiar o arroz do Governo* (fls. 08), ela não se sustenta. As peças acostadas pela própria empresa às fls. 26 *usque* 38 dão prova de que tais construções foram encomendadas e pagas entre 04 (quatro) de novembro de 1996 (fls. 26) e 09 (nove) de abril de 1997 (fls. 32), ou seja, bem antes de sua notificação pela CONAB do resultado da licitação, datada de 24 (vinte e quatro) de abril de 1997 (fls. 259). Fez, deste modo, tais dispêndios por sua conta e risco.

Não haverão de prosperar, de igual forma, as alegações de gastos com *contratação de pessoal, juros altos pagos a instituições bancárias* (fls. 05), tendo em vista a fragilidade do conjunto probatório dos autos, que não trazem em seu bojo uma única peça a corroborar a realização de tais dispêndios. Com efeito, esquadrihando toda a documentação trazida pela empresa, depara-se-me, tão-somente, a presença das notas fiscais de transporte referentes aos 180.000 Kg de arroz que já haviam sido retirados dos depósitos da CONAB até a rescisão contratual (fls. 404/414), e que, como dito anteriormente, já foram devidamente pagos.

Cabível somente, desta feita, o pagamento de perdas e danos nos termos dos arts. 1.056 e 1.059 do Código Civil:

“Art. 1.056. Não cumprindo a obrigação, ou deixando de cumpri-la pelo modo e tempo devidos, responde o devedor por perdas e danos.

Art. 1.059. Salvo as exceções previstas neste Código, de modo expresso, as perdas e danos devidos ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar”. (Grifo nosso).

Nesses exatos limites caminhou a douta sentença, *in verbis*:

“Por conseguinte, o dano a ser reparado se resume ao que a requerente deixou de ganhar, ou seja, a quantia equivalente ao beneficiamento de 6.840.459 Kg de arroz em casca (a quantidade estipulada na cláusula primeira do contrato, ou seja, 7.020.459 Kg, menos os 180.000 Kg efetivamente beneficiados,

serviço este que a contratante pagou). Sendo R\$ 0,14 (quatorze centavos) o preço unitário, o total do serviço lhe renderia R\$ 957.664,26". (Fls. 543).

Por todo o exposto, nego provimento à apelação para manter a sentença vergastada em sua integralidade.

Assim voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 257.085-PB

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO
Apelantes: SEBASTIÃO FIGUEIREDO COUTINHO E OUTROS
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZAÇÃO E REFORMA AGRÁRIA - INCRA
Advogados: DRS. MAGNALDO JOSÉ NICOLAU DA COSTA (APTES.) E RIDALVO MACHADO DE ARRUDA E OUTROS (APDO.)

EMENTA: ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE NULIDADE DE ATO JURÍDICO. DOAÇÃO. ESCRITURAS PÚBLICAS. DESAPROPRIAÇÃO DE IMÓVEL PARA FINS DE REFORMA AGRÁRIA.

- Prévia comunicação escrita. Lei nº 8.629/1993, § 2º do art. 2º, com a redação da Medida Provisória nº 1.577/97.

- Recusa do proprietário em recebê-la. Ciência. Direito de defesa assegurado. Desnecessidade de a comunicação ser procedida na pessoa dos novos proprietários, porquanto à data da recusa do seu recebimento a doação ainda não estava registrada.

- Transferência da propriedade de bem doado só mediante o registro da doação. Intenção evidenciada de se criar situação para se livrar o imóvel da desapropriação.

- Vedação de vistoria em imóvel rural, objeto de esbulho, destinado à reforma agrária. Inexistência.

***Ampliação indevida dos termos da lei.
- Apelação improvida.***

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda a Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas que integram o presente, por unanimidade, negar provimento à apelação, nos termos do voto do Relator. Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Federais José Baptista de Almeida Filho, Napoleão Nunes Maia Filho e Luiz Alberto Gurgel.

Recife, 18 de março de 2003 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO:

Sebastião Figueiredo Coutinho, Cilêda Figueiredo Coutinho, Fábio Figueiredo Coutinho, André Figueiredo Coutinho, Juliana Figueiredo Coutinho, Fabrícia Figueiredo Coutinho Guimarães e José Jorge Guimarães Barroso, já qualificados nos autos, apelam da sentença proferida pelo MM. Juiz Federal da 1ª Vara na Paraíba, a teor da qual foi julgada procedente ação proposta pelo Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - INCRA, ora apelado, para decretar a nulidade das escrituras públicas de doação da Fazenda denominada "ANTAS", por considerá-la em desconformidade com a legislação em vigor e, por conseqüência, cancelar os respectivos registros.

Postulam a reforma da sentença requestada para que seja reconhecida a validade jurídica da doação da denominada FAZENDA ANTAS e, em conseqüência, das respectivas escrituras.

Aduzem que inexistente simulação na doação do mencionado imóvel, eis que traduziu mera formalização de situação fática, porquanto a propriedade rural já havia sido desmembrada por Sebastião Figueiredo Coutinho, desde 1995, que a cedeu a vários traba-

lhadores e a seus filhos, que passaram a explorá-la economicamente; que os beneficiários exploravam a propriedade, com cultura de cana-de-açúcar, há muitos anos; que a notificação escrita, prevista no artigo 2º, § 2º, da Lei nº 8.629/93, como condição para a realização de vistoria de imóvel rural, para fins de desapropriação, e que teria de ser feita na pessoa de todos os novos proprietários, não lhes foi efetivada, tanto que o INCRA fê-lo por edital; que, a se admitir a notificação com base em mera presunção de fatos, é emprestar à lei uma abrangência e alcance que não tem; que a formalização das doações ocorreu aos 27 de novembro de 1997; e, por fim, que o Decreto nº 2.250, de 11 de junho de 1997, veda a realização de vistoria para fins de desapropriação quando o imóvel for objeto de esbulho possessório.

Em contra-razões, alega o INCRA que a causa de pedir, na exordial, é a comunicação prévia e a simulação dos atos questionados, provados nos autos.

Outrossim, alega também que os apelantes estavam cientes da vistoria, como as próprias testemunhas confirmaram, e que houve simulação no negócio jurídico para escaparem da desapropriação para fins de reforma agrária.

Às fls. 324, os réus-apelantes requerem a juntada aos autos de cópia da decisão proferida no Mandado de Segurança nº 23.222-0, que impetraram contra ato do Presidente da República, cópia esta não autenticada.

Parecer do Ministério Público Federal no sentido do desproviamento do recurso (fls. 345-347).

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO (Relator):

Para ingressar no imóvel de propriedade particular, a fim de proceder ao levantamento de dados e informações, inclusive no intuito de verificar o cumprimento da função social da propriedade, o sistema de direito positivo brasileiro exige prévia comunicação escrita ao proprietário, preposto ou representante (Lei nº 8.629, de

25.02.1993, parágrafo 2º do artigo 2º, com a redação da Medida Provisória nº 1.577, de 11 de junho de 1997, e reedições).

A finalidade da comunicação, além do respeito à propriedade alheia, é de garantir o direito de defesa e dar ciência ao proprietário do imóvel que a vistoria será levada a efeito, não constituindo uma mera solicitação de aquiescência do proprietário, pois feita em seu favor.

O direito de defesa do proprietário foi assegurado, tanto que este ingressou em Juízo com a Ação Declaratória nº 97.0011137-7, cuja cópia da exordial encontra-se deitada aos autos às fls. 46-56.

Por outro lado, a prova coligida aos autos demonstra que o INCRA expediu comunicação escrita ao Sr. Sebastião Figueiredo Coutinho, mediante o Ofício/INCRA/SR-Nº 574/97, aos 24 de novembro de 1997, tendo sido certificada, no dia seguinte, na presença de 2 (duas) testemunhas, a seguinte situação:

“Certifico que, após ter ido ao imóvel rural denominado ‘Fazenda Antas’, no Município de Sapé, e não encontrando o seu proprietário, dirigi-me à sua residência, localizada na Rua Aloízio Franca, 253, ap. 601, Manaíra, nesta Capital, e sendo aí, fui recebida pela esposa do Sr. Sebastião Figueiredo Coutinho, a Sra. Cilêda Figueiredo Coutinho, a qual informou que o seu marido estava numa consulta médica. Ao contínuo, comuniquei à Sra. Cilêda Figueiredo Coutinho o objetivo da visita, ou seja, comunicar ao proprietário da ‘Fazenda Antas’ que o imóvel seria objeto do Levantamento Preliminar de Dados. Informações e avaliação, nos termos do ofício retro, esclarecendo a essa mesma Senhora que, na qualidade de proprietária desse imóvel, estava habilitada a dar o ciente no ofício. Entretanto, a Sra. Cilêda Figueiredo Coutinho recusou-se a apor a sua assinatura. Certifico mais, que, no dia anterior, mais precisamente no horário noturno, telefonei para a residência do proprietário, comunicando que no dia seguinte estaria em seu apartamento para fazer a comunicação de que trata o presente ofício”. (Fls. 22v.).

No dia 27 de novembro de 1997, portanto, 2 (dois) dias após o referido certificado, consta nos autos ter sido lavrada uma escritura pública de doação *inter vivos*, feita por Sebastião Figueiredo Coutinho e sua mulher a Fábio Figueiredo Coutinho e André Figueiredo Coutinho, registrada no dia 28 de novembro de 1997 (fls. 12-20), que poderia ser só uma coincidência, ante a proximidade das datas, não fosse a intenção manifestada pelo doador do imóvel, na exordial da Ação Declaratória nº 97.001137-7:

“Diante de tamanha complacência do Poder Executivo, que através do INCRA vem instalando a baderna no campo, o autor se vê na obrigação de recorrer às barras da justiça no sentido de evitar que este órgão arquitete a desapropriação de sua fazenda denominada ‘Antas’, hoje com 348 hectares. Utilizando-se do sagrado Direito de Propriedade consolidado na *Lex Mater*, o autor dispôs de sua propriedade, desmembrando-a em várias porções. Dois de seus filhos, Fábio Figueiredo Coutinho e André Figueiredo Coutinho, ficaram com 250 hectares e Fabrícia Figueiredo Coutinho Guimarães e Juliana Figueiredo Coutinho ficaram com 250 hectares. Quanto ao autor, o mesmo ficou com uma propriedade medindo 348 hectares”. (Fls. 47-48).

Ora, nestes termos, além de injustificada a recusa da esposa do proprietário do imóvel, e também proprietária do bem, em receber a comunicação prévia, resta evidenciado que a intenção do doador do imóvel em fazer o questionado negócio jurídico foi a de criar uma situação, a fim de livrar o imóvel da desapropriação.

Destarte, a alegação de que o questionado negócio jurídico se traduziu em mera formalização de situação fática anterior, na qual os donatários explorariam a propriedade com cultura de açúcar, não convence, porque, além de não provada nos autos, só com o registro da doação, no cartório de registro de imóveis, transfere-se a propriedade do bem.

A alegada exigência de que a comunicação prévia deveria ser efetivada na pessoa de todos os novos proprietários resta prejudicada, porquanto, à data da recusa do recebimento da comunica-

ção prévia, não havia sido ainda sequer registrada a questionada doação do imóvel.

Quanto à alegação de ser vedada vistoria em imóvel rural destinado à reforma agrária, de que trata o Decreto nº 2.250, de 11 de junho de 1997, se me afigura desprovida de amparo legal.

A aventada condição de que para ser vistoriado o imóvel não seja objeto de esbulho não se encontra posta pela Lei nº 8.629/1993, que dispõe sobre a regulamentação dos dispositivos constitucionais relativos à reforma agrária.

Não pode assim o decreto ampliar os termos da lei, mormente para inviabilizar as desapropriações para fins de reforma agrária, asseguradas constitucionalmente.

Por todas estas razões, nego provimento à apelação.

É o meu voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 269.079-RN

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA
Apelantes: FRANCISMAR SIMÕES DANTAS E OUTROS
Apelada: UNIÃO FEDERAL
Advogados: DRS. KARLA NUNES DE PAIVA E OUTRO (APTES.)

EMENTA: ADMINISTRATIVO. MILITAR. GCET. FATOR MULTIPLICATIVO. LEI Nº 9.442/97. PRINCÍPIO DA IGUALDADE. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO.

- A Gratificação de Condição Especial de Trabalho – GCET, instituída pela Lei nº 9.442/97, era calculada a partir de variados fatores multiplicativos estipulados de acordo com o posto/graduação de cada militar, cuja base de cálculo para os oficiais e para as praças residia, respectivamente, no soldo de Almirante-de-Esquadra e no de Guarda-Marinha.

- O estabelecimento de um critério legal para diversificação dos valores dessas gratificações, em atenção à hierarquia militar, não viola o princípio da igualdade, ao contrário, o confirma, na medida em que estabelece tratamento diferenciado para as diversas espécies de integrantes das forças armadas.

- A modificação do critério de cálculo da GCET pela via judicial constituiria, ademais, prática de atividade legislativa positiva por parte do Poder Judiciário, o que é constitucionalmente vedado.

- Apelação improvida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, em que figuram como partes as acima identificadas, decide a Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por maioria, negar provimento à apelação, nos termos do relatório, do voto do Relator e das notas taquigráficas constantes dos autos, que passam a integrar o presente julgado.

Recife, 4 de fevereiro de 2003 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA:

Cuida-se de apelação cível interposta contra sentença, onde, nos autos de ação ordinária, foi julgado improcedente o pedido autoral, consistente na incorporação aos seus vencimentos da diferença havida entre os valores relativos à Gratificação de Condição Especial de Trabalho (GCET) efetivamente percebidos e aqueles encontrados multiplicando-se os maiores fatores tabelados nas Leis nºs 9.442/97 e 9.633/98 pelo soldo correspondente à época da incidência de cada índice, a partir de 1º de agosto de 1995.

Em seu recurso, o(s) apelante(s) aduz(em), em síntese, que:

a base de cálculo para a determinação do valor da referida gratificação deveria ser o soldo de cada militar beneficiado; a GCET, criada para recompensar os militares sob condições especiais de trabalho, em vista do princípio da isonomia, deveria ser fixada a partir de um fator multiplicativo comum a todos os militares expostos às mesmas adversidades, independentemente de sua graduação; a adoção de fatores diferenciados na estipulação dessa gratificação criaria uma nova forma de hierarquização no âmbito das forças armadas, já que a classificação da autoridade é determinada pela distinção de soldos; o vencimento básico percebido pelo militar constitui a adequada base de cálculo das remunerações acessórias; o critério estabelecido pelo legislador para fixação dessa gratificação teria um caráter discriminatório.

Contra-razões.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA (Relator):

A pretensão autoral é dirigida no sentido de obter a equiparação do fator multiplicativo aplicado no cálculo da Gratificação de Condição Especial de Trabalho (GCET), bem como a incidência do mesmo sobre o respectivo soldo, se lhe garantindo os reflexos pecuniários daí advindos, retroativamente a agosto de 1995.

Dita gratificação foi criada pela Lei nº 9.442, de 14 de março de 1997, nos seguintes termos:

“Art 1º. Fica instituída a Gratificação de Condição Especial de Trabalho - GCET, devida mensal e regularmente aos servidores militares federais das Forças Armadas ocupantes de cargo militar.

Parágrafo único. Excetuam-se do disposto neste artigo as praças prestadoras do serviço militar inicial.

Art. 2º A Gratificação de Condição Especial de Trabalho - GCET será calculada **obedecendo à hierarquização entre os diversos postos e graduações, dentro dos respectivos círculos das Forças Armadas**, e paga de 1º de agosto de 1995 até

31 de agosto de 1996, de acordo com o Anexo I, e a partir de 1º de setembro de 1996, de acordo com o Anexo III". (Grifei).

Os anexos referidos no art. 2º supratranscrito, por seu turno, estabeleceram, em atenção à hierarquia militar acima referida, vários fatores multiplicativos utilizáveis no cômputo da GCET, cuja base de cálculo para os oficiais e para as praças reside, respectivamente, no soldo de Almirante-de-Esquadra e no de Guarda-Marinha.

Desse modo, não há que se falar em dupla hierarquização, nem tampouco em violação ao princípio constitucional da isonomia, consistente, outrossim, em se tratar desigualmente os desiguais.

Note-se que, se a base de cálculo das gratificações permanece inalterada dentro das mencionadas categorias de militares (leia-se oficiais e praças), variando-se apenas os pré-falados índices de multiplicação de acordo com o posto/graduação de cada militar, claro está que esse é o único critério utilizado para diferenciá-las.

Ademais, mesmo que o pedido aduzido na inicial fosse julgado procedente, ou seja, considerando-se a hipótese de ser atribuído um único fator multiplicativo para todas as espécies de militares, incidente sobre o soldo de cada uma delas, os ocupantes dos postos ou graduações mais elevados continuariam a perceber gratificações maiores do que aquelas devidas aos oficiais de menor envergadura, o que se justifica, evidentemente, pelo maior grau de complexidade e responsabilidade das atividades desenvolvidas pelos primeiros.

Além disso, a modificação do critério de cálculo da GCET, da forma como pretendida pelos demandantes, constituiria prática de atividade legislativa positiva por parte do Poder Judiciário, a qual é constitucionalmente vedada.

Não se pode olvidar, outrossim, que os fatores multiplicativos em comento foram estabelecidos pela via legal, cabendo ao administrador castrense, em obediência ao princípio da estrita legalidade, tão-somente aplicá-los na fixação da GCET, razão pela qual

não merece guarida o argumento de que teria o mesmo discricionariamente diversificado as suas importâncias.

Em tempo, consigno que, embora o soldo individualmente outorgado a cada militar seja a base de cálculo ideal para a fixação das correspondentes remunerações acessórias, não há norma legal determinando-lhe o uso exclusivo, pelo que é permitido ao legislador adotar, nesse mister, outra fórmula que repute mais adequada, desde que observe o princípio da razoabilidade, o que restou demonstrado *in casu*.

Posto isso, nego provimento à apelação.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 279.357-PB

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL RIDALVO COSTA
Apelantes: FELIPE VIDAL LEAL E OUTRO
Apelada: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF
Advogados: DRS. MARIA VERÔNICA LUNA FREIRE GUERRA E OUTROS (APTES.) E SINEIDE ANDRADE CORREIA LIMA E OUTROS (APDA.)

EMENTA: CONSTITUCIONAL. CEF. CHEQUES FURTADOS DENTRO DA AGÊNCIA BANCÁRIA. PAGAMENTO INDEVIDO. DANO MATERIAL RESARCIDO. DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL. DANO MORAL SUBSISTENTE. CABIMENTO DE INDENIZAÇÃO.

- A responsabilidade da instituição financeira pelos Cheques furtados da agência e posteriormente sacados por estranhos, não se exaure com o ressarcimento do prejuízo material, pois subsiste o dano moral dos titulares da conta corrente.

- O dano moral se caracteriza pela agressão à auto-estima e valores subjetivos individuais, independentemente da repercussão negativa do fato perante o meio social da vítima.

- Fixação da indenização.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, dar provimento à apelação, nos termos do relatório e voto anexos, que passam a integrar o presente julgamento.

Recife, 27 de março de 2003 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL RIDALVO COSTA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL RIDALVO COSTA:

Felipe Vidal Leal e Andrea Rose Lima Carneiro de Souza ajuizaram ação de indenização por danos morais e materiais contra a CEF - Caixa Econômica Federal, objetivando o pagamento de indenização correspondente aos prejuízos materiais e morais sofridos com o extravio de cheques do interior da agência bancária e a posterior falsificação e indevida compensação dos referidos cheques.

Argüiram que, face à negligência da instituição bancária, tiveram dois talonários de cheques extraviados do interior da agência onde possuem conta corrente, deixando a CEF de comunicá-lhes tal fato imediatamente após a ciência do mesmo.

Posteriormente, verificaram a compensação indevida de cinco cheques, com a assinatura dos correntistas visivelmente falsificada, acarretando-lhes um prejuízo no valor de R\$ 11.443,20 (onze mil, quatrocentos e quarenta e três reais e vinte centavos).

Sustentam que a CEF, além de não ressarcir o prejuízo material, continuou a agir com negligência na emissão e vigilância sobre os talões de cheque sob sua guarda, de tal forma que outro talonário de cheque foi extraviado da mesma agência, não restando aos autores, ante a ausência de medidas sancionatórias da CEF, encerrar sua conta corrente.

Alegam que o extravio dos talões, bem como o descaso na comunicação do fato danoso e ainda a ausência de providências

da CEF para ressarcir-lhes o prejuízo material, causou-lhes transtornos de ordem moral consistentes no recebimento, em sua residência e em seu local de trabalho, de recados de comerciantes que, ao verem os cheques devolvidos, ligavam para cobrar seus créditos, chamando-os “caloteiros” e “estelionatários”.

Em sua contestação, reconheceu a CEF a ocorrência de furto dos talonários de cheques dos autores do interior da agência bancária. Expôs que tomou as providências cabíveis (instauração de processo administrativo, sustação dos cheques furtados etc.) para solucionar os problemas de furto de cheques e que as falsificações dos mesmos foram perfeitas, o que levou a instituição a descontar indevidamente os cheques. Alegou a inexistência de prejuízo para os correntistas face à restituição integral dos valores indevidamente compensados, o que afastaria qualquer indenização por danos materiais e morais.

A sentença julgou improcedente o pedido formulado, ao fundamento de inexistência dos danos materiais, face ao ressarcimento, pela CEF, da quantia correspondente aos pagamentos indevidos dos cheques extraviados; e morais, devido à ausência da dor profunda, constrangimento ou do abalo de crédito capazes de caracterizar ofensa à moral passível de indenização, condenando, ao final, os autores ao pagamento de 5% sobre o valor da causa a título de honorários advocatícios.

Inconformados, apelam Felipe Vidal Leal e Andrea Rose Lima Carneiro de Souza, salientando que a negligência da instituição bancária no manuseio dos talões de cheques, por si só, configura atitude lesiva aos apelantes, levando à procedência do pedido.

Sustentam que são pessoas idôneas e que vivenciaram momentos inconvenientes e inoportunos e transtornos inesperados com o desconto indevido do cheque em sua conta. Salientam que a gravidade da conduta danosa da CEF é patente quando se verifica a omissão da instituição bancária em emitir alguma comunicação aos correntistas, cujos sofrimentos teriam sido mitigados se houvesse existido tal comunicação ou se a CEF tivesse tomado providências significativas para a solução do caso. Requerem ao final a reforma da sentença com a inversão do ônus sucumbencial.

Devidamente intimada, a CEF ofereceu contra-razões (fls. 46/48).

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL RIDALVO COSTA (Relator):

Discute-se nos autos se o extravio de talonário de cheques no interior da agência bancária gera direito à indenização por dano moral, independentemente de prova do respectivo dano.

No caso, não há nos autos comprovação dos prejuízos materiais supostamente sofridos pelos autores, ora apelados. Não apresentaram nenhuma documentação acerca de negócios desfeitos ou cancelados ou compra que não pôde ser efetivada em razão do ato da CEF. A simples alegação genérica dos prejuízos que, como comerciantes, sofreram, é insuficiente para ensejar uma reparação por parte do estabelecimento bancário. Devo salientar, ainda, que a instituição bancária devolveu integralmente os valores debitados indevidamente na conta dos correntistas, restituindo a situação ao *status quo ante* (fls. 25-32).

Com relação aos danos morais, Rui Stoco, citando outros autores de igual escol, salienta que, “nessa esteira, Jorge Bustamante ensina: ‘Pode-se definir o dano moral como a lesão aos sentimentos que determina dor ou sofrimentos físicos, inquietação espiritual, ou agravo às afeições legítimas e, em geral, toda classe de padecimentos insuscetíveis de apreciação pecuniária’. (*Teoria General de la Responsabilidad Civil*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 8ª ed., 1993, p. 234)”. (*Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial*, ed. Revista dos Tribunais, 4ª edição, 1999, pág. 674).

Em resumo, o dano moral se caracteriza pela agressão à auto-estima e a valores subjetivos individuais, independentemente da repercussão negativa do fato perante o meio social da vítima.

Com relação à ressarcibilidade pela ocorrência de dano moral, leciona Antônio Jeová Santos que “o que determina o dano moral indenizável é a consequência, o resultado que do ato dimana. Não

é o dano em si que dirá se ele é ressarcível, mas os efeitos que o dano provoca. Reduzindo a dano ressarcível à lesão mesma, o fato em si é que seria indenizado. No sistema processual brasileiro, em que o autor tem de narrar os fatos e fundamentos jurídicos do pedido, mais avulta a necessidade de compreender dano moral como a conseqüência que tem origem no mal inferido a alguém". (*Dano Moral Indenizável*, Ed. Lejus, 1999, pág. 94).

A jurisprudência majoritária do STJ entende desnecessária a existência de prova objetiva do dano moral. A responsabilidade civil decorrente de cheques furtados no interior da agência bancária constitui matéria pacífica tanto na doutrina quanto na jurisprudência pátria. É inegável, nesses casos, o prejuízo moral experimentado pelo correntista, considerado como a situação de insegurança, a angústia da tomada e espera de providências, enquanto observa sua conta sendo movimentada por estranhos devido a cheques furtados, no interior da própria instituição bancária, bem como o constrangimento sofrido pela vítima com a cobrança indevida dos credores devido à emissão dos cheques falsificados.

O fato de ter a CEF tomado todas as providências cabíveis após o furto, não elide a responsabilidade pelo que vier a ocorrer em decorrência dele. É evidente o nexo causal entre o furto e o dano porque, se não tivesse ocorrido a subtração dos cheques no interior da agência, não teria ocorrido a movimentação da conta que culminou no encerramento desta pelos correntistas.

A CEF, como instituição bancária, tem como função precípua a guarda de dinheiro e outros bens que lhe são confiados por seus clientes. A confiança, portanto, é um fator inerente aos negócios bancários e, por isso, deveria a CEF ter sido diligente com a segurança interna na guarda e manuseio dos talonários de cheques pelos seus funcionários.

O contrato de conta corrente gera obrigações para ambas as partes, de maneira que não se pode conceber que o furto dos talonários, praticado nas dependências da CEF, seja considerado irrelevante para a configuração do dano moral, pois, em se tornando uma praxe, geraria uma situação de incertezas e insegurança sem precedentes.

Quanto à fixação do *quantum* indenizatório, o Ministro Sálvio

de Figueiredo Teixeira, do Superior Tribunal de Justiça, assim expôs sobre o dano moral, em diversos votos de sua lavra:

“(…)

III - o valor da indenização por dano moral sujeita-se ao controle do Superior Tribunal de Justiça, recomendando-se que, na fixação da indenização a esse título, o arbitramento seja feito com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao nível sócio-econômico da parte autora e, ainda, ao porte econômico da ré, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso.

(…)”.

(REsp nº 259. 816/RJ) .

Para a fixação da indenização, deve ser levada em conta a ausência de culpa dos correntistas, ora apelantes, no ocorrido, seu nível sócio-econômico, e a capacidade econômica elevada da CEF, bem como o princípio de acordo com o qual a indenização por danos morais deve ser suficiente para compensar os autores/apelantes pela situação vexatória pela qual passou e para persuadir o agente causador do dano a aplicar uma maior vigilância ao realizar suas aplicações financeiras, a fim de evitar a realização de outros fatos danosos a outrem.

O STJ, ao julgar lide similar, fixou o valor indenizatório em R\$ 10.000,00 (dez mil reais), envolvendo, de um lado, o Banco do Brasil S/A e, de outro, pessoa física - REsp nº 241.771 - SP.

Assim, face aos fundamentos supra-expostos acerca do cálculo do *quantum* indenizatório (grau de culpa, nível sócio-econômico da apelada, porte econômico do banco), fixo o valor indenizatório em R\$ 10.000,00 (dez mil reais), com a devida correção monetária, e acrescido de juros de 0,5% (meio por cento) ao mês a partir da citação.

Condeno, ainda, a CEF em honorários advocatícios, fixando-os em 10% sobre o valor da condenação, nos termos dos §§ 3º e 4º do art. 20 do CPC.

Dou provimento à apelação.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 285.963-PB

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES
Apelante: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF
Apelado: CLEMILSON OLIVEIRA DE FARIAS
Advogados: DRS. JOSÉ EDÍSIO SIMÕES SOUTO E OUTROS (APTE.) E NADIR LEOPOLDO VALENGO (APDO.)

EMENTA: CIVIL. DANO MORAL. RETIRADA ABRUPTA DE SALDO DA CONTA CORRENTE DE AVALISTA, A TÍTULO DE PAGAMENTO DE-CORRENTE DE AVAL PRESTADO A TERCEIRO. - Devolução do valor 16 dias após, o que não afasta a obrigação de indenizar pelo sofrimento causado ao correntista pela prática do ilícito. - Apelação improvida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e examinados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, negar provimento à apelação, nos termos do voto do Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas, que integram o presente.

Custas, como de lei.

Recife, 26 de novembro de 2002 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES:

A apelante impugna sentença da lavra do MM. Juiz Federal Rudival Gama do Nascimento que acolheu pedido de indenização por dano moral, condenando-a a pagar o equivalente a cinco vezes o valor do saldo apropriado indevidamente da conta corrente do autor (R\$ 670,00). Alega, em resumo, que o apelado deu azo ao ocorrido, pois estava obrigado por ter avalizado empréstimo contraído por terceiro que não pagou o débito. Acrescenta que não se configurou dano moral.

Contra-razões pelo improvimento.

Por se tratar de matéria predominantemente de direito, dispensei revisão.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES (Relator):

O autor era avalista em mútuo celebrado com terceiro. Como este não efetuara o pagamento, a Caixa Econômica Federal, simplesmente, retirou todo o saldo da conta corrente do demandante, utilizada pela Federação das Indústrias do Estado da Paraíba para depósito dos salários do seu pessoal. Nem mesmo um aviso precedeu o abrupto exercício das próprias razões.

É natural que qualquer pessoa surpreendida com o bloqueio da conta corrente em que recebe o salário, fonte de sua subsistência e da sua família, sofra forte abalo emocional. Mesmo que a perda tenha durado 16 dias, o que significa mais da metade de um mês de penúria para um trabalhador que percebia R\$ 410,50 líquidos de remuneração e se vira desfalcado de R\$ 670,00, o fato de se haver efetivado a reposição não elide a responsabilidade pelas conseqüências do ato ilícito dos prepostos da apelante.

Está plenamente caracterizado o sofrimento que dá origem à obrigação da demandada de reparar o dano, por ato de imprudência dos seus funcionários, nos termos do art. 159 do Código Civil, em combinação com o art. 5º, V, da Constituição Federal. A esse respeito, vale a lição de Savatier:

“Le prince qui régit une société civilisée c’est que

personne n'a le droit de nuire à autrui. Dans cette société, tout dommage cause par une personne à une autre d'une manière que la première pouvait prévenir et éviter, engendre donc une présomption de faute et de responsabilité". (In Traité de la Responsabilité Civile, I, Paris, 1951, p. 47).

O valor da indenização foi fixado, moderadamente, em R\$ 3.350,00 (ou cinco vezes a quantia subtraída da conta do autor). Ajusta-se tal quantificação à intensidade da culpa do agente, que tinha o dever de agir com respeito ao patrimônio do correntista, jamais investindo sobre o saldo da sua conta corrente a pretexto de cobrar por débito de terceiro, o que somente teria cabimento mediante ação judicial, e leva em conta a intensidade do dano (nesse particular, pelo menos um dos compromissos do autor não pôde ser cumprido durante o período em que se lhe privou dos frutos do trabalho, isso sem falar da dor e da humilhação do pai de família que se vê impedido de arcar com as despesas de manutenção de sua casa).

Os doutrinadores e a jurisprudência têm admitido a razoabilidade do critério que leva em conta, para o correspondente à pena-base, na fixação da indenização por dano moral, o montante aferível em fato da causa. Tome-se por exemplo a reparação por dano moral infligido pelo empregador ao empregado. Nesse sentido, acentua José Roberto Dantas Oliva:

"Uma das bases para a fixação do dano moral pode, a nosso ver, ser o próprio salário do empregado, lesado ou lesante. De acordo com os critérios mencionados, poderia o juiz multiplicar o salário por tantas vezes quantas entendesse bastar para compensar a dor sofrida e, ao mesmo tempo, desencorajar a reiteração da prática". (In Tutela da Moral na Esfera Trabalhista: Tendências e Perspectivas, inserido na coletânea Dano Moral, Rio de Janeiro, 2002).

Ante o exposto, nego provimento à apelação.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 303.132-AL

Relator: JUIZ FRANCISCO CAVALCANTI
Apelantes: USINA BRASILEIRA DE AÇÚCAR E ÁLCOOL S/A E
INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZAÇÃO E RE-
FORMA AGRÁRIA – INCRA
Apelados: OS MESMOS
Advogados: DRS. DIRCEU APPOLONI FILHO E OUTRO E SAN-
DRA. CARVALHO VAN DER LEY LIMA E OUTROS

EMENTA: CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. DESAPROPRIAÇÃO POR INTERESSE SOCIAL PARA FINS DE REFORMA AGRÁRIA. INDENIZAÇÃO. IMÓVEL RURAL. INEXISTÊNCIA DE ÁREA URBANA INCRUSTADA NA FAZENDA OBJETO DA DESAPROPRIAÇÃO. SIMPLES CONTIGÜIDADE ENTRE O IMÓVEL A SER DESAPROPRIADO E A ZONA URBANA DE CIDADE DO INTERIOR. MULTIPLICIDADE DE PERÍCIAS. ATENDIMENTO, PELO SEGUNDO PERITO OFICIAL COM ATUAÇÃO NOS AUTOS, DAS DIRETRIZES DE AVALIAÇÃO DA TERRA NUA E DAS BENFEITORIAS DEFINIDAS ORIGINARIAMENTE NA LEI Nº 8.629/93 E NAS MODIFICAÇÕES PROCEDIDAS PELA MP Nº 1.577/97 E REEDIÇÕES. CORREÇÃO MONETÁRIA A PARTIR DO SEGUNDO LAUDO. POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DE JUROS COMPENSATÓRIOS E JUROS MORATÓRIOS. JUROS COMPENSATÓRIOS DEFINIDOS EM 12% AO ANO, INCIDENTES DESDE A IMISSÃO DE POSSE. ADIN Nº 2.332/DF. DEVIDOS OS COMPENSATÓRIOS AINDA QUANDO SE TRATE DE PROPRIEDADE IMPRODUTIVA. JUROS MORATÓRIOS NO PERCENTUAL DE 6% AO ANO, A PARTIR DE 1º DE JANEIRO DO EXERCÍCIO SEGUINTE ÀQUELE EM QUE O PAGAMENTO DEVERIA SER FEITO, NOS TERMOS DO ART. 100, DA CF/88. APLICABILIDADE DO ART. 15-B, DO

DECRETO-LEI Nº 3.365/1941, COM A REDAÇÃO DADA PELA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 2.183-56/2001. SENTENÇA PROLATADA EM 29.04.2002. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS FIXADOS CORRETAMENTE SEGUNDO A REGRA ART. 27, § 1º DO DECRETO-LEI Nº 3.365/41, COM A REDAÇÃO DETERMINADA PELA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 2.183-56/2001.

- O imóvel objeto da expropriação não possui “área urbana”, correspondente, segundo se diz, aos efeitos de processo de crescimento urbanístico da cidade de Viçosa em direção à fazenda em referência. Na verdade, o que os autos mostram, inclusive através das fotografias, é que o imóvel a ser desapropriado é limítrofe – diga-se: contíguo, adjacente, confinante – à zona urbana da cidade de Viçosa. O próprio expropriado, ao apresentar fotografias, destacou que “suas terras [da Fazenda Dourada] descem em direção ao centro da cidade, limitando-se com os fundos das casas da Rua do Cravo, principal vetor de desenvolvimento urbano que passa, obrigatoriamente, pelas terras da Dourada”. Essa simples limitação – e não invasão ou inserção – foi percebida pelo segundo perito oficial a atuar nos autos, que sublinhou: “Pelo que se depreende dos documentos anexados ao Processo, e verificado o local, não existe invasão da área da Fazenda Dourada com a expansão da cidade. A rua do Cravo sempre existiu em Viçosa, desde que a AL – 210 ainda era uma estrada de barro e havia o trem da Rede Ferroviária, que fazia a ligação Maceió a Palmeira dos Índios. O que realmente existe é a limitação com a Rua do Cravo, uma artéria principal de acesso à cidade de Viçosa, que é delimitada pelas cercas nos fundos das casas. Algumas casas construídas na Rua do Cravo o foram em áreas das faixas de domínio da AL – 210, da Rede Ferroviária e na área de

preservação permanente do rio Paraíba, o que deveria ter sido contestado por quem de direito”. Destarte, o fato de haver contigüidade entre as terras do imóvel a ser desapropriado e a área dita urbana da cidade de Viçosa não pode ser interpretado de modo a estender à fazenda a condição de área urbana. Trata-se de imóvel rural, nos moldes em que definidos pela legislação de regência: “prédio rústico de área contínua, qualquer que seja a sua localização, que se destine ou possa se destinar à exploração agrícola, pecuária, extrativa vegetal, florestal ou agroindustrial” (art. 4º, I, da Lei nº 8.629, de 25.02.1993).

Nesse sentido, tanto o perito indicado pelo Ministério Público, como o segundo perito nomeado pelo Juízo, foram acordes ao não identificar área urbana na Fazenda Dourada, ou seja, ao não reconhecer como existente, dentro do imóvel a ser desapropriado, parte da cidade de Viçosa.

- A comparação entre os laudos produzidos pelos primeiro e segundo peritos, com atuação no caso em comento, leva a crer que o último laudo caracterizou-se por maiores apuro e rigor técnico. É de se observar que, enquanto o primeiro laudo – cujas ilações foram corroboradas no laudo complementar – chegou ao valor do imóvel a partir unicamente de pesquisas junto a alguns moradores e comerciantes da localidade, o laudo preparado pelo segundo perito voltou-se – mais adequadamente, parece-nos – a dados colhidos junto ao Tabelionato da Comarca de Viçosa, a empresas especializadas em compra e venda de imóveis rurais, à Secretaria de Obras da Prefeitura Municipal, assim como se firmou levando em consideração os preços praticados em negócios realizados recentemente na região. O balizamento, assim, nesse caso, mostrou-se mais seguro e esmerado, haja vista ter se desenvolvido com fundamento em elementos dotados

de maior concreção, inclusive para fins de conferência. Se fosse o caso de indicar por aleatório um dos laudos, a designação caberia mais apropriadamente ao primeiro parecer. Conformidade com as diretrizes emanadas da Lei nº 8.629, de 25.02.1993 (em sua redação original) e da MP nº 2.183-56, de 24.08.2001, com reedições anteriores (é a última da série – a primogênita foi a MP nº 1.577, de 11.06.1997 –, estando em vigor por força da determinação contida no art. 2º, da Emenda Constitucional nº 32, de 11.09.2001), que alterou a redação do art. 12, da Lei nº 8.629/93.

- Em relação às benfeitoras, é de se apontar para a relativa equivalência de valores que se observa em todas as perícias realizadas. As grandes disparidades repousam unicamente em quatro itens: a) estradas piçarradas, b) estradas sem revestimento, c) cancelas de madeira e d) fruteiras. De se realçar, outrossim, que os dois últimos itens são tratados harmonicamente pelo segundo perito do Juízo e pelo assistente indicado pelo Ministério Público, de modo que é de se concluir pela sua adequação, mesmo porque não foram objeto de específica insurreição por parte do expropriado, além do que as considerações tecidas para fins de avaliação convencem. De fato, enquanto no primeiro laudo não se dizem quais os critérios utilizados para se chegar ao valor das cancelas de madeira serrada, o laudo apresentado pelo MP e, nessa parte, confirmado pelo segundo experto, destaca: “No tocante a 06 cancelas, o preço do m2, R\$ 90,00 é praticado para portões de jatobá, onde o consumo de madeira e de mão-de-obra é muito maior, além de se utilizarem madeiras muito mais selecionadas. Consultamos a firma José Ávila Cunuto Jr., C.G.C. 02.373.034/0001-57, e o Sr. Gonçalo Ribeiro Barros, CPF 341.056.384-91, ambos em Palmeira dos Índios e ambos fabri-

cantes de cancela. O primeiro cotou em R\$ 25,00 o m2 em sucupira. O segundo cotou em R\$ 25,00 o m2 utilizando-se tábuas e em R\$ 30,00 o m2 com barrotes. Adotando-se o preço de R\$ 25,00, pois são cancelas de tábuas, e depreciando em 50% pelo estado regular, teremos R\$ 12,50/m2. Os 18 m2 valem R\$ 225,00”. Também esclarecedora é a explicitação dos motivos para a avaliação das fruteiras. Note-se, quanto a esse aspecto, que foram levados em conta os custos de implantação e de manutenção, bem como o estado de conservação. No respeitante à estrada piçarrada e à estrada sem revestimento, a dissensão é considerável. No início da ação, o INCRA afirmou que as estradas em comento estariam com regular estado de conservação. O primeiro perito considerou que as estradas caracterizavam-se pelo bom estado, sendo que o km da piçarrada valeria R\$ 9.000,00 e o km da sem revestimento corresponderia a R\$ 3.500,00. O perito assistente do Ministério Público considerou as estradas em estado regular, “por ter sido este observado no laudo inicial do processo”, tendo atribuído como valores, por km, R\$ 2.406,20 e R\$ 160,00, respectivamente. Finalmente, o segundo vistor do Juízo, reputou bom o estado de conservação das estradas, conferindo-lhes os seguintes valores, por km: R\$ 5.059,89 (para as não revestidas, chamadas de secundárias) e R\$ 6.173,07 (para as dotadas de revestimento com piçarra). O laudo do segundo experto do Juízo parece retratar melhor a realidade. Confrontando-o com o laudo do primeiro perito, evidencia-se, naquele, um maior detalhamento, com a especificação dos cálculos e critérios considerados (custo de abertura de 1 km de estrada e custo do empicarramento = rendimento do D-4E (m3/h), número de horas equipamento, volume de material, preço horários do trator). Cote-

jando-o com o parecer do assistente do Ministério Público, é de se reconhecer que não se sustenta a conclusão, por esse posta, pelo estado regular das estradas em razão do simples fato de ter sido esse o estado de conservação asseverado pelo INCRA. Frise-se que o Ministério Público, a par do parecer apresentado pelo seu assistente, reputou modelar o laudo oferecido pelo segundo perito oficial.

- Sobre a incidência de correção monetária, não se pode olvidar o que dispõe o § 2º, do art. 12, da Lei Complementar nº 76, de 06.07.1993: “O valor da indenização corresponderá ao valor apurado na data da perícia ou ao consignado pelo juiz corrigido monetariamente até a data do seu efetivo pagamento”. Portanto, não merece reproche a sentença ao delimitar a incidência da correção monetária a partir do último e conclusivo laudo, tendo sido este o acolhido como retratador do justo preço, assim entendida a indenização sucedânea da propriedade. A correção monetária será devida até a data do efetivo pagamento da indenização (Súmula 561, do STF).

- Não existe impasse em relação à possibilidade de cumulação de juros moratórios e compensatórios, em face dos pressupostos diversos, havendo mesmo Súmula do STJ (nº 12).

- Os juros compensatórios, devidos a título de compensação pela ocorrência da imissão provisória e antecipada na posse do bem, são estipulados no percentual de 12% (doze por cento) ao ano, a despeito da edição da Medida Provisória nº 1.577/97 e suas reedições – atual MP nº 2.183-56/2001 –, que limitaram esse índice em 6% (seis por cento) ao ano, tendo em conta que a limitação mencionada foi reputada inconstitucional pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da liminar da ADIn 2.332-2, em 05.09.2001. Incidem, pois, os 12% (doze por cen-

to) de juros compensatórios, desde a imissão na posse, até o dia do efetivo pagamento da indenização, considerando a diferença entre 80% (oitenta por cento) do valor ofertado em juízo e o valor fixado para a indenização, nos moldes definidos pelas Súmulas 618, do STF, e 113, do STJ, bem como de conformidade com o art. 15-A, do Decreto-Lei nº 3.365/1941, com a interpretação atribuída pelo Pretório Excelso.

- “É irrelevante o fato de o imóvel ser ou não produtivo para a fixação dos juros compensatórios na desapropriação, vez que estes são devidos tendo em vista a perda antecipada da posse que implica na diminuição da garantia da prévia indenização constitucionalmente assegurada” (AGREsp n. 426.336/PR, Rel. Min. Paulo Medina, DJ de 02.12.2002). Os juros moratórios, de seu turno, destinam-se a recompor a perda decorrente do atraso no efetivo pagamento da indenização fixada. São eles devidos à razão de 6% (seis por cento) ao ano, incidentes sobre o valor da indenização determinada, monetariamente corrigido. Discussão reside no dies a quo da incidência do mencionado percentual. Pela regra anteriormente adotada, os juros moratórios de 6% (seis por cento) ao ano contavam-se a partir do trânsito em julgado da sentença (Súmula nº 70, do STJ). Com o art. 15-B, do Decreto-Lei nº 3.365/1941, com a redação dada pela Medida Provisória nº 2.183-56/2001, os juros moratórios no percentual já apontado passaram a ser devidos a partir de 1º de janeiro do exercício seguinte àquele em que o pagamento deveria ser feito, nos termos do art. 100, da CF/88. É de se aplicar, in casu, o direito superveniente, porquanto já em vigor quando da prolação da sentença, em 29.04.2002, com respaldo mesmo no posicionamento manifestado, à unanimidade, pela Segun-

da Turma, do STJ, nos autos do RESP 453823/MA, cujo Relator foi o Ministro Franciulli Netto (j. em 17/12/2002, publ. em DJ de 31.03.2003).

- No que tange à verba honorária, restou devidamente fixada, de conformidade com a regra jurídica encartada no art. 27, § 1º do Decreto-Lei nº 3.365, de 21.06.1941, com a redação determinada pela Medida Provisória nº 2.183-56/2001, norma essa subsidiária à LC nº 76/93. Por outro lado, mostra-se plenamente satisfatório e compatível com o trabalho desenvolvido no feito o percentual definido pelo Magistrado a quo. Ademais, é de se ressaltar que a base de cálculo da incidência do percentual corresponde ao valor da diferença entre o quantum indenizatório fixado na sentença e o valor da oferta feita pelo expropriante quando do ajuizamento da ação, ambos corrigidos monetariamente (Súmula 617, do STF).

- Pelo não provimento das apelações interpostas pelo INCRA e pelo expropriado e pelo parcial provimento da remessa oficial, apenas para determinar a incidência dos juros moratórios nos moldes definidos pelo art. 15-B, do Decreto-Lei nº 3.365/1941, com a redação dada pela MP nº 2.183-56/2001, já em pleno vigor quando do proferimento da sentença.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os presentes autos, decide a Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, negar provimento às apelações e dar parcial provimento à remessa oficial, nos termos do relatório e voto anexos, que passam a integrar o presente julgamento.

Recife, 2 de setembro de 2003 (data do julgamento).

JUIZ FRANCISCO CAVALCANTI - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ FRANCISCO CAVALCANTI:

O INCRA – Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária propôs ação de desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária contra Usina Brasileira de Açúcar e Álcool S/A, detentora dessa do imóvel rural denominado Fazenda Dourada, situado no Município de Viçosa/AL, com as delimitações definidas na petição inicial. Ofereceu, como preço justo, pela terra nua (em TDAs) e benfeitorias, o valor de CR\$ 40.462.852,86.

O expropriado contestou, aduzindo que: a) a desclassificação da Fazenda Dourada, promovida pelo INCRA, de imóvel rural para latifúndio por exploração, não poderia ter se verificado sem o devido processo legal; b) o laudo de vistoria e avaliação teria ignorado os fatores de valorização do imóvel, na medida em que teria deixado de mencionar que grande parte da Fazenda Dourada encontrar-se-ia em área urbana, o que teria resultado em uma “avaliação ridícula”; c) os valores apresentados não teriam o condão de promover a compensação pecuniária a que se referiria o art. 12, da Lei nº 8.629/93; d) os valores utilizados como referência à elaboração do laudo não corresponderiam à realidade.

O perito do Juízo apresentou um **primeiro laudo**, tendo concluído por uma indenização no valor de R\$ 3.931.381,10 (fls. 366-373). Em virtude das divergências das partes e do Ministério Público, quanto às conclusões do experto, **laudo complementar** foi realizado (fls. 575-579), tendo sido consignada, particularmente, a necessidade de desconsideração, para fins indenizatórios, do conjunto habitacional “Frei Damião”, levado em conta no primeiro laudo. Foram tecidos, ainda, comentários, no tocante às diferenças entre a avaliação realizada em 1994 e a empreendida em 1998. O INCRA manifestou discordância quanto ao valor indicado pelo perito, tendo apresentado, como preço atual de mercado do imóvel, a quantia de R\$ 296.777,00 (fl. 590). Por sua vez, o MPF opinou, com base em laudo do seu assistente técnico, por uma indenização no valor de R\$ 962.546,94 (fls. 615-618). Em petição de fl. 642, o INCRA concordou com o valor apresentado pelo perito do MPF, para as benfeitorias (R\$ 130.881,63), mas dissentiu no referente ao valor total do imóvel, que considerou de R\$ 960.862,91.

Face à persistência das dúvidas, foi determinada a realização de uma **terceira perícia**, ocorrida em 2001, e cujos resultados repousam no laudo de fls. 747-756, tendo sido indicado R\$ 764.138,50, como valor da terra nua, e R\$ 261.967,65, como quantia representativa das benfeitorias. O expropriado, ouvido, asseverou que o valor total do imóvel seria R\$ 6.873.925,95. O INCRA apresentou como valor total do imóvel R\$ 962.546,94. O MPF acatou o terceiro laudo (do perito judicial). Seguiram-se novas discussões acerca do valor da indenização.

O MM. Juiz *a quo* julgou procedente a ação de desapropriação, identificando a área líquida desapropriada em 786,7407 hectares e estabelecendo uma indenização no montante de R\$ 1.026.106,55 (R\$ 764.138,50 pela terra nua + R\$ 261.967,55 pelas benfeitorias indenizáveis). Fixados, outrossim, juros compensatórios de 1% (um por cento) ao mês, contados a partir da imissão na posse, e juros moratórios, definidos em 0,5% (meio por cento) ao mês, contados do trânsito em julgado da sentença. A correção monetária foi considerada devida a partir do segundo laudo oficial. Determinaram-se, ademais, custas pelo expropriante e honorários advocatícios em 5% (cinco por cento) sobre a diferença entre o valor da indenização e o da oferta, monetariamente corrigidos, nos moldes do art. 27, § 1º, do Decreto-Lei nº 3.365/1941, e das Súmulas 131 e 141, do STJ.

Não resignados com a sentença, apelaram expropriante e expropriado.

Com as correspondentes contra-razões, subiram os autos a este eg. Tribunal, vindo-me conclusos por redistribuição.

Ouvido, o Ministério Público Federal opinou pela não provimento das apelações interpostas, em parecer espelhado pela seguinte ementa:

“ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. DESAPROPRIAÇÃO PARA FINS DE REFORMA AGRÁRIA. ÁREA URBANA. INEXISTÊNCIA. JUSTO PREÇO. JUROS COMPENSATÓRIOS E MORATÓRIOS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

O laudo oficial que sequer menciona o valor do ha das terras pesquisadas, não pode ser acatado pelo

Juiz, máxime quando não demonstra, objetivamente, como se procedeu para se chegar aos valores atribuídos à terra nua e às benfeitorias. Não é possível a vistor oficial deixar de descrever as características dos imóveis utilizados como paradigmas, tais como localização, classes de solos, etc.

Novo laudo de segundo vistor oficial que, além de elaborado de acordo com os critérios legais, reflete um preço justo e contemporâneo à época em que o domínio foi retirado do expropriado, devendo, por isso, ser mantido o valor da indenização fixado na sentença com amparo no segundo laudo oficial.

A incidência de juros compensatórios nos termos do artigo 15-A, do Decreto 3.365/41, na desapropriação por necessidade ou utilidade pública e interesse social, inclusive para fins de reforma agrária decorre da perda antecipada da posse, nos casos em que há divergência entre o preço ofertado em juízo e o valor do bem, fixado na sentença, expressos em termos de reais.

Em desapropriação, são cumuláveis juros compensatórios e moratórios (Súmula 12 do STJ).

Para a fixação dos honorários advocatícios, deve ser observado, em sede de desapropriação, o art. 27 do Decreto-Lei 3.365/41, introduzido pela MP 2.183-56/2001.

Parecer pelo não provimento dos recursos”.

Duplo grau de jurisdição obrigatório.

É o relatório.

Dispensada a revisão. Incluído em pauta de julgamento.

VOTO

O SENHOR JUIZ FRANCISCO CAVALCANTI (Relator):

Trata-se de remessa de ofício e apelações interpostas contra sentença proferida pelo MM. Juiz Federal da 4ª Vara da Seção Judiciária do Estado de Alagoas, que, com base no laudo pericial apresentado pelo segundo *Expert* oficial nomeado no feito, julgou

procedente a ação de desapropriação, nos seguintes termos:

a) identificação da área líquida desapropriada em 786,7407 hectares;

b) indenização estabelecida no montante de R\$ 1.026.106,55 (R\$ 764.138,50, pela terra nua + R\$ 261.967,55, pelas benfeitorias indenizáveis);

c) juros compensatórios de 1% (um por cento) ao mês, contados a partir da imissão na posse;

d) juros moratórios definidos em 0,5% (meio por cento) ao mês, contados do trânsito em julgado da sentença;

e) correção monetária considerada devida a partir do segundo laudo oficial;

f) custas pelo expropriante e honorários advocatícios fixados em 5% (cinco por cento) sobre a diferença entre o valor da indenização e o da oferta, monetariamente corrigidos, nos moldes do art. 27, § 1º, do Decreto-Lei nº 3.365/1941, e das Súmulas 131 e 141, do STJ.

O **expropriado** apelou, alegando:

a) que a sentença deveria ser reformada, na medida em que, a despeito das provas coligidas – incluindo a perícia realizada pelo primeiro *Expert* nomeado –, não teria considerado a existência de área urbana (parte da cidade de Viçosa) encravada no imóvel expropriado, extensão essa que se caracterizaria pela existência de vários loteamentos e edificações (Conjunto Frei Damião, Mutirão Padre Cícero, Conjunto Vila Nova e o Conjunto Rua do Cravo);

b) que a indenização teria sido fixada incorretamente, haja vista que não teriam sido adequadamente considerados a localização do imóvel, a incrustação de área urbana, além da área rural, bem como outros elementos de valorização do imóvel objeto da desapropriação. Asseverou, demais disso, que ao vistor oficial caberia proceder à avaliação com base no valor do imóvel à época da primeira perícia;

c) que não teria sido acertada a definição do valor do hectare em R\$ 1.304,25, sobretudo diante do primeiro laudo produzido nos autos (hectare avaliado em R\$ 2.970,00), assim como porque o

Juízo não poderia ser afastar do valor de mercado do imóvel. Afir-
mou que o perito, cujo laudo foi acolhido pelo Magistrado sentenci-
ante, não teria observado os parâmetros indispensáveis à fixação
do preço do imóvel, tendo em conta que não teria considerado o
valor do imóvel à época da primeira perícia, bem como não teria
comprovado a realização de pesquisa mercadológica junto a enti-
dades significativas da área, ficando, o valor definido, muito aquém
do valor de mercado. Aduziu que o perito do Juízo, para chegar ao
valor da terra nua, teria se utilizado de valores confessadamente
abaixo do preço de mercado. Relacionou, ainda, outras avaliações,
que, a seu dizer, melhor refletiriam o valor do imóvel;

d) que, dentre os laudos realizados, o primeiro seria o único a
deter avaliação condizente com a imposição legal de se pagar jus-
to preço, porquanto elaborado de forma mais consentânea com a
realidade, “com a situação do imóvel à época da desapropriação,
sem qualquer propensão ao atendimento de interesses das par-
tes, contendo todos os elementos de pesquisa que embasaram a
apuração do valor, e que, portanto, deveria ser adotado na fixação
da indenização, contrariamente, portanto, ao segundo laudo com-
provadamente obtido de forma equivocada, aleatória, sem atendi-
mento às exigências legais, sem considerar o valor do imóvel à
época da primeira perícia, sem os imprescindíveis elementos de
pesquisa, e contra as provas carreadas aos autos”;

e) que, quanto às benfeitorias, a sentença também mereceria
retificação, na medida em que “se os valores lançados pelo pri-
meiro perito oficial foram acolhidos pelo segundo vistor, obviamen-
te que a correção monetária deveria ter incidência a partir do pri-
meiro laudo oficial e não do segundo como erroneamente constou
da decisão atacada”. Ademais, ressaltou que tendo havido diver-
gência em relação ao valor de algumas das benfeitorias, deveria
prevalecer o primeiro laudo oficial, “haja vista que aquele perito
detinha melhores condições para, com fidelidade, avaliar as ben-
feitorias no estado em que se encontravam”. Apontou, outrossim,
para o equívoco que teria sido cometido na sentença, ao se dedu-
zir, do valor da terra, o montante atinente às benfeitorias, quando
estas, em verdade, deveriam ser valoradas em separado. Pugnou
pela indenização das benfeitorias no montante de R\$ 390.249,22,
a ser acrescidos dos valores das avaliações da terra nua e da

área urbana;

f) no respeitante à verba honorária, requereu que “diante das circunstâncias do processo, da importância da causa, do comprovado trabalho realizado pelo advogado e o acentuado e longo tempo exigido para o seu serviço, notadamente pela sua complexidade e grau de zelo”, fosse majorado “o percentual de 5% arbitrado pelo Juiz sentenciante, de conformidade com a regra estatuída na citada lei complementar [LC nº 76/93] e não a teor do art. 27, § 1º do Decreto-Lei 3.365, de 1941, como equivocadamente constou do *decisum*, haja vista que este Decreto é específico para as desapropriações por utilidade pública e não para fins de reforma agrária”.

O **INCRA** também apelou, deduzindo:

a) que as benfeitorias teriam sido superdimensionadas pelo perito oficial, do que teria resultado um acréscimo da ordem de R\$ 63.559,60 no valor total do imóvel. Apontou para o fato de que, comparando-se os valores discriminados pelo perito do Juízo, com os apresentados pelo assistente técnico do MPF, a diferença corresponderia a um montante de R\$ 131.086,02, o que não seria razoável, uma vez considerada que a discrepância teria se dado em relação às estradas internas da propriedade, já tendo transcorrido oito anos entre as avaliações em confronto e não tendo ocorrido nenhum tipo de melhoramento;

b) no atinente aos juros compensatórios, reputou-os indevidos, haja vista que, na desapropriação para fins de reforma agrária, a expropriação recairia sobre propriedade improdutiva, não havendo que se falar em compensação;

c) que seria inadmissível acumulação de juros moratórios e compensatórios;

d) que deveria ser reformada a sentença, para julgar procedente a ação de desapropriação, mas com o acolhimento dos valores apresentados pelo Ministério Público e corroborados pelo expropriante – R\$ 962.546,94 –, devidamente compensados com o depósito inicial, a título de justa indenização pelo imóvel.

Feito que se encontra também sob análise por força do duplo grau de jurisdição obrigatório.

A melhor apreciação do caso em liça – em que a irrisignação

dos apelantes centra-se, fundamentalmente, no valor fixado, a título de indenização, pela sentença guerreada – está a requerer, previamente, o detalhamento dos vários exames periciais que se processaram nos presentes autos, de modo que sejam eles mais facilmente cotejados com a realidade fático-jurídica retratada no feito. É o que se passa a fazer.

a) A primeira perícia (realizada pelo engenheiro José Arnaldo Lisboa Martins, em dezembro de 1994).

	Conclusões do perito oficial	Observações do expropriado	Observações do expropriante	Observações do Ministério Público
Terra nua	80% terra rural: 641,68 ha x R\$ 2.970,00 = R\$ 1.905.789,60 ----- 20% terra urbana: 160,42 ha x R\$ 8.910,00 = R\$ 1.429.342,20	Discorda do valor atribuído à terra nua, no tocante à sua parcela de terra urbana. Entende que, considerada a vocação da área para fins de loteamento, o valor correto seria R\$ 4.491.900,00	CR\$ 25.013.056,00	O perito concluiu pelo preço do hectare sem pesquisar no cartório imobiliário acerca das vendas realizadas nos últimos doze meses, assim como não estendeu tal pesquisa junto às empresas de corretagem imobiliária rural.
Edificações	(25) R\$ 12.250,00		(instalações e equipamentos) CR\$ 11.537.328,26	
Cercas de madeira e arame	R\$ 22.880,00			
Cercas com estacas	R\$ 3.000,00			
Barragem de barro	R\$ 600,00			
Estábulo	R\$ 4.872,00			
Postes	(3) R\$ 210,00			

Estrada piçarrada	(22,5 km) R\$ 202.500,00			
Estrada sem revestimento	(17,6 km) R\$ 70.400,00			
Cancelas de madeira	(6) R\$ 1.620,00			
Tanque de melaço	R\$ 480,00			
Currais	(3) R\$ 3.640,00			
Cana-de-açúcar	64,91 ha/1.298 ton x R\$ 13.538 = R\$ 17.572,32	Toneladas: 3.894,6 x valor da tonelada: R\$ 17,27 = R\$ 103.559,35	(culturas permanentes) CR\$ 3.912.568,60	
Capim brachiaria	R\$ 32.919,00			
Capim elefante	R\$ 502,00			
Fruteiras	(2.000 bananeiras, 400 larajeiras e 43 coqueiros) R\$ 16.804,00			
Valor total	R\$ 3.931.381,10		CR\$ 40.462.852,86	
Outros	A fazenda Dourada está dentro do perímetro urbano de Viçosa. Setenta casas da Rua do Cravo estão dentro da fazenda. O conjunto residencial Frei Damião está dentro da fazenda.		Defende que não estaria correto desmembrar a terra nua em terra rural e terra urbana, na medida em que apenas existiria terra rural.	
	Área indenizável: 802,10 ha		Os valores acima são relativos à proposta originária da expropriante.	
	Área indenizável: 802,10 ha		Área indenizável: 802,10 ha	Não houve medição do imóvel

b) A perícia complementar (segunda perícia, também realizada pelo engenheiro José Arnaldo Lisboa Martins, em agosto de 1998) e a contra-perícia apresentada pelo perito indicado pelo Ministério Público.

Conclusões do perito oficial	Observações do expropriado	Observações do expropriante	Observações do Ministério Público
O Conjunto Frei Damião, embora encravado na fazenda, ocuparia área que já teria sido objeto de negociação entre a Prefeitura Municipal de Viçosa e a Usina, de modo que, no lugar da área urbana de 160,42 ha, deveria constar área urbana de 150,3386 ha, de modo que a área passaria a corresponder a R\$ 1.339.516,93.		A área do Conjunto Frei Damião foi desapropriada pela Prefeitura.	
Quanto aos demais dados, confirmou a primeira perícia.			
		O valor total do imóvel corresponderia a R\$ 296.777,00.	
		Do laudo inicial de avaliação do imóvel teria sido excluída a faixa de domínio da RFFSA e a faixa de domínio da AL-210.	
		Dever-se-ia buscar o preço atual de mercado do imóvel em sua totalidade.	
	Concordou com a avaliação aposta pelo perito oficial.		

Em petição posterior, destacou que o valor das matas seria de R\$ 146.658,60.			
			A área indenizável corresponderia a 786,9457 ha.
			Valor por ha = R\$ 1.223,14. O valor de mercado da fazenda seria de R\$ 962.564,94.
			Quanto às benfeitorias, discorda do perito nos seguintes pontos: a) estrada piçarrada: R\$ 27.069,75; b) estrada sem revestimento: R\$ 1.408,00; c) cancelas: R\$ 225,00; d) fruteiras: R\$ 3.253,56. Valor total das benfeitorias: R\$ 130.881,63.

c) A terceira perícia (realizada pelo engenheiro Érico de Lima Gusmão, em janeiro de 2001).

Conclusões do perito oficial	Observações do expropriado	Observações do expropriante	Observações do Ministério Público
O imóvel tem uma área total de 821,9577 ha.			
A área indenizável é de 786,7407 ha.		A área indenizável é de 786,9475 ha.	
O hectare vale R\$ 1.304,25.	O hectare vale R\$ 3.135,00	O hectare vale R\$ 1.223,14.	

<p>A terra nua vale: R\$ 764.138,50.</p>	<p>O valor teria sido fixado com base em informações irreais (abaixo do preço do mercado). O valor da terra nua equivaleria a R\$ 3.135,00 por ha.</p>	<p>A terra nua vale: R\$ 831.665,31.</p>	
<p>As benfeitorias valem: R\$ 261.967,65. Especificadamente: a) edificações - R\$ 12.250,00; b) cercas de arame e madeira - R\$ 22.880,00; c) cercas com estacas - R\$ 3.000,00; d) barragem - R\$ 600,00; e) estábulo - R\$ 4.872,00; f) postes - R\$ 210,00; g) es-trada piçarrada - R\$ 97.225,87; h) estrada sem revestimento - R\$ 62.337,90; i) cancelas - R\$ 225,00; j) tanque de melaço - R\$ 480,00; l) currais - R\$ 3.640,00; m) cana-de-açúcar - R\$ 17.572,32; n) capim brachiaria - R\$ 32.919,00; o) capim elefante - R\$ 502,00; p) fruteiras - R\$ 3.253,56.</p>	<p>Adota o primeiro laudo pericial, quanto às benfeitorias, exceto com relação ao preço da cana-de-açúcar (que deveria corresponder a R\$ 103.559,35).</p>	<p>As benfeitorias valem: R\$ 130.881,63.</p>	
<p>Conforme se depreende dos documentos e verificado o local, não existe invasão da área da fazenda Dourada com a expansão da cidade. O Conjunto Frei Damião foi construído em área desapropriada pela prefeitura.</p>	<p>Há área urbana encravada no imóvel (parte da rua do Cravo, Conjunto Residencial Padre Cícero, Conjunto Residencial Vila Nova, parte da Rodovia AL 220 e Ferrovia). Valor da indenização pela parte urbana: R\$ 4.491.900,00.</p>	<p>Inexistência de área urbana encravada da fazenda Dourada.</p>	

Inviabilidade do loteamento urbano em virtude da declividade exagerada da área.			
	Justo preço total: R\$ 6.873.925,95.	Justo preço total: R\$ 962.546,94.	
			Endossou o laudo do perito oficial, "dentro de seus limites epistemológicos".

d) O confronto das perícias.

	A primeira perícia	A perícia complementar (segunda perícia)	A terceira perícia	A perícia apresentada pelo Ministério Público
Área indenizável	802,10 ha	802,10 ha - 10,0814 ha = 792,0186 ha	786,7407 ha	786,9475 ha
Valor total	R\$ 3.931.381,10	R\$ 3.841.555,83	R\$ 1.026.106,15	R\$ 962.546,94
Terra nua	80% terra rural: 641,68 ha x R\$ 2.970,00 = R\$ 1.905.789,60 20% terra urbana: 160,42 ha x R\$ 8.910,00 = R\$ 1.429.342,20	80% terra rural: 641,68 ha x R\$ 2.970,00 = R\$ 1.905.789,60 Terra urbana: 150,3386 ha (excluída área objeto de ante- rior negociação com a prefeitu- ra) = R\$ 1.339.516,93	100% terra rural: R\$ 764.138,50	100% terra rural: R\$ 831.665,31
Benfeitorias	R\$ 596.249,30	R\$ 596.249,30	R\$ 261.967,65	R\$130.881,63
Edificações	R\$ 12.250,00	R\$ 12.250,00	R\$ 12.250,00	R\$ 12.250,00
Cercas de madeira e arame	R\$ 22.880,00	R\$ 22.880,00	R\$ 22.880,00	R\$ 22.880,00

Cercas com estacas	R\$ 3.000,00	R\$ 3.000,00	R\$ 3.000,00	R\$ 3.000,00
Barragem de barro	R\$ 600,00	R\$ 600,00	R\$ 600,00	R\$ 600,00
Estábulo	R\$ 4.872,00	R\$ 4.872,00	R\$ 4.872,00	R\$ 4.872,00
Postes	R\$ 210,00	R\$ 210,00	R\$ 210,00	R\$ 210,00
Estrada piçarrada	R\$ 202.500,00	R\$ 202.500,00	R\$ 97.225,87	R\$ 27.069,75
Estrada sem revestimento	R\$ 70.400,00	R\$ 70.400,00	R\$ 62.337,90	R\$ 1.408,00
Cancelas de madeira	R\$ 1.620,00	R\$ 1.620,00	R\$ 225,00	R\$ 225,00
Tanque de melaço	R\$ 480,00	R\$ 480,00	R\$ 480,00	R\$ 480,00
Currais	R\$ 3.640,00	R\$ 3.640,00	R\$ 3.640,00	R\$ 3.640,00
Cana-de-açúcar	R\$ 17.572,32	R\$ 17.572,32	R\$ 17.572,32	R\$ 17.572,32
Capim brachiaria	R\$ 32.919,00	R\$ 32.919,00	R\$ 32.919,00	R\$ 32.919,00
Capim elefante	R\$ 502,00	R\$ 502,00	R\$ 502,00	R\$ 502,00
Fruteiras	R\$ 16.804,00	R\$ 16.804,00	R\$ 3.253,56	R\$ 3.253,56
Observação	A fazenda Dourada está dentro do perímetro urbano de Viçosa. Setenta casas da Rua do Cravo estão dentro da fazenda. O Conjunto Residencial Frei Damião está dentro da fazenda.	O Conjunto Frei Damião, embora encravado na fazenda, ocuparia área que já teria sido objeto de negociação com a Prefeitura.	Não existe invasão da área da fazenda Dourada com a expansão da cidade. O Conjunto Frei Damião foi construído em área desapropriada pela Prefeitura.	Não menciona a existência de área urbana ou invasão da fazenda por conta de eventual expansão da cidade.
		Matas: R\$ 146.658,60		

Um dos pontos basilares desta análise consiste em verificar se, de fato, o imóvel objeto da desapropriação possui uma “área urbana”, ao lado de uma “área rural”, ou, dito de outro modo, se é certo que parte da Fazenda Dourada foi ocupada pela urbanização em razão do espargimento da cidade de Viçosa, passando a se constituir em parte desta.

Inicialmente, é preciso enfatizar a dimensão da área que está sendo objeto da desapropriação em comento. Quem mais criteriosamente e claramente analisa a questão da extensão da área líquida indenizável é o perito apresentado pelo Ministério Público. Segundo o referido vistor, do total da área da Fazenda Dourada (837,5000 ha, a teor da certidão de fl. 11) devem ser excluídas as duas parcelas adquiridas pela Prefeitura Municipal, em momentos anteriores à desapropriação – 33,32 tarefas/10,0793 ha (escritura pública de compra e venda à fl. 562) e 16,771 tarefas/5,0732 ha (decreto de desapropriação por utilidade pública à fl. 598) –, de modo que restam 822,3475 ha. Ocorre, ainda, que, desse total – 822,3475 ha –, devem ser subtraídas as áreas de serventia da ferrovia e da rodovia que passam na propriedade, correspondentes, respectivamente, aos 20 ha da RFFSA e aos 15,4000 ha da AL 210, do que decorre que a área líquida final indenizável é de **786,9475 hectares**. Essa, a constatação que mais se mostra adequada aos aspectos fáticos noticiados nos autos e aos documentos coligidos.

No laudo de vistoria e avaliação do INCRA, consta que a Fazenda Dourada tem como **confrontante**, a sul, a área urbana da cidade de Viçosa. Na descrição do perímetro, à fl. 38, é referido: *“Inicia o perímetro (...); deste segue por cerca de arame farpado, **confrontando-se com a área urbana da cidade de Viçosa**, com os seguintes azimutes e distâncias (...)”* (negritos nossos).

Por outro lado, disse, o perito oficial inicialmente designado, no primeiro laudo apresentado, que a Fazenda Dourada estaria encravada na zona urbana de Viçosa, havendo, inclusive, dentro do imóvel, um conjunto residencial chamado Frei Damião. Em perícia complementar, contudo, retifica a informação atinente ao conjunto residencial mencionado, asseverando que ele estaria localizado em parcela da fazenda que teria sido objeto de negociação anterior entre a usina e a Prefeitura Municipal. No mais, corrobora o primeiro laudo apresentado, inclusive quanto à constatação de

que, para dentro da fazenda, teria se estendido porção da zona urbana da cidade de Viçosa.

O perito apresentado pelo Ministério Público, por seu turno, não considera a existência de área urbana no imóvel a ser desapropriado. De outro lado, o segundo perito nomeado, responsável pelo terceiro laudo oficial que repousa nos autos, é enfático e firme: *“Pelo que se depreende dos documentos anexados ao Processo, e **verificado o local, não existe invasão da área da Fazenda Dourada com a expansão da cidade. A Rua do Cravo sempre existiu em Viçosa**, desde que a AL – 210 ainda era uma estrada de barro e havia o trem da Rede Ferroviária, que fazia a ligação Maceió a Palmeira dos Índios. **O que realmente existe é a limitação com a Rua do Cravo, uma artéria principal de acesso à cidade de Viçosa, que é delimitada pelas cercas nos fundos das casas.** Algumas casas construídas na Rua do Cravo o foram em áreas das faixas de domínio da AL – 210, da Rede Ferroviária e na área de preservação permanente do rio Paraíba, o que deveria ter sido contestado por quem de direito. O conjunto Frei Damião foi construído em área desapropriada legalmente através do Decreto Municipal nº 16/92, de 23 de outubro de 1992, (...) em período anterior à desapropriação executada pelo INCRA”. E reitera, em seguida: **“Não existe área urbana da cidade integrada à Fazenda Dourada”**. Em outro trecho, destaca o Expert: **“Já está bem esclarecido nos autos, além de verificado na visita àquele imóvel rural, que não se trata de área urbana inserida na Fazenda Dourada. As áreas são plena e totalmente rurais, apesar da proximidade e limítrofe com a área urbana da cidade que, na época em que teve expansão, quando existiam em Viçosa Usinas de beneficiamento de algodão e óleo, além do funcionamento da Rede Ferroviária, cresceu para aquele lado. Além disso, está comprovado nos autos que jamais foi efetuado qualquer pagamento de IPTU, o que descaracteriza ser área urbana. Não se pode considerar área rural como loteamento urbano, pois necessitaria de projetos de infra-estrutura, como pavimentação, drenagem, rede de água, rede elétrica, etc. Além de tudo isso, verificamos no local a total inviabilidade de execução de loteamento urbano em virtude da declividade exagerada, tornando inviável financeiramente qualquer terraplanagem que pudesse transformar aquelas áreas em***

lotes urbanizáveis (...)” (grifos e negritos nossos).

Não nos parece que o imóvel, objeto da expropriação, tenha “área urbana”, correspondente aos efeitos de processo de crescimento urbanístico da cidade de Viçosa em direção à fazenda em referência. Não conseguimos apreender, inclusive a partir das fotografias juntadas aos autos, invasão da Fazenda Dourada pela área urbana da cidade de Viçosa. Na verdade, o que os autos mostram é que o imóvel a ser desapropriado é **limitrofe – diga-se: contíguo, adjacente, confinante** – à zona urbana da cidade de Viçosa. As fotografias de fls. 451-474 refletem o que o próprio expropriado destacou à fl. 450: “*Suas terras [da Fazenda Dourada] descem em direção ao centro da cidade, **limitando-se com os fundos das casas** da Rua do Cravo, principal vetor de desenvolvimento urbano que passa, obrigatoriamente, pelas terras da Dourada*” (grifos e negritos nossos). Essa simples limitação – e não invasão ou inserção – foi percebida pelo segundo perito oficial a atuar nos autos, consoante destacado no parágrafo anterior, com grifos e negritos. **O fato de haver contigüidade entre as terras do imóvel a ser desapropriado e a área dita urbana da cidade de Viçosa não pode ser interpretado de modo a estender à fazenda a condição de área urbana.** Trata-se de imóvel rural, nos moldes em que definidos pela legislação de regência: “*prédio rústico de área contínua, qualquer que seja a sua localização, que se destine ou possa se destinar à exploração agrícola, pecuária, extrativa vegetal, florestal ou agroindustrial*” (art. 4º, I, da Lei nº 8.629, de 25.02.1993). Nesse sentido, tanto o perito indicado pelo Ministério Público, como o segundo perito nomeado pelo Juízo, foram acordes ao não identificar área urbana na Fazenda Dourada, ou seja, ao não reconhecer como existente, dentro do imóvel a ser desapropriado, parte da cidade de Viçosa.

Por conseguinte, não pode ser agasalhada a apelação do expropriado nesse tocante.

Também não merece amparo a tese de que a avaliação procedida pelo segundo perito com exercício nos autos – orçamento esse acatado na sentença monocrática – estaria incorreta, porquanto não considerados elementos de valorização do imóvel, bem como porque não teria sido elaborada com base no valor do imó-

vel à época da primeira perícia, nem estaria calcada em pesquisa mercadológica junto a instituições reconhecidas. De igual modo, desprovida de razão a alegação de que o Juízo *a quo* teria se afastado do valor de mercado do imóvel, ao adotar perícia fundada em valores nitidamente muito aquém dos de mercado, como teria sido reconhecido pelo próprio Experto oficial. No mesmo contexto, não procedem os argumentos no sentido do acatamento do primeiro laudo, que retrataria mais fidedignamente a realidade, “com a situação do imóvel à época da desapropriação, sem qualquer propensão ao atendimento de interesses das partes, contendo todos os elementos de pesquisa que embasaram a apuração do valor, e que, portanto, deveria ser adotado na fixação da indenização, contrariamente, portanto, ao segundo laudo comprovadamente obtido de forma equivocada, aleatória, sem atendimento às exigências legais, sem considerar o valor do imóvel à época da primeira perícia, sem os imprescindíveis elementos de pesquisa, e contra as provas carreadas aos autos”. Tais conclusões decorrem das seguintes percepções.

A comparação entre os laudos produzidos pelos primeiro e segundo peritos, com atuação no caso em comento, leva a crer que o último laudo caracterizou-se por maiores apuro e rigor técnico. É de se observar que, enquanto o primeiro laudo – cujas ilações foram corroboradas no laudo complementar – chegou ao valor do imóvel a partir unicamente de pesquisas junto a alguns moradores e comerciantes da localidade, o laudo preparado pelo segundo perito voltou-se – mais adequadamente, parece-nos – a dados colhidos junto ao Tabelionato da Comarca de Viçosa, a empresas especializadas em compra e venda de imóveis rurais, à Secretaria de Obras da Prefeitura Municipal, assim como se firmou levando em consideração os preços praticados em negócios realizados recentemente na região. O balizamento, assim, nesse caso, mostrou-se mais seguro e esmerado, haja vista ter se desenvolvido com fundamento em elementos dotados de maior concreção, inclusive para fins de conferência. Se fosse o caso de indicar por aleatório um dos laudos, a designação caberia mais apropriadamente ao primeiro parecer.

O primeiro perito, nessa contextura, asseverou que “*depois de colhido o que interessava para este laudo, fizemos indaga-*

ções sobre preços de hectares de propriedade na região, tanto junto aos moradores rurais como no centro comercial da cidade. Na cidade, ouvimos proprietários de imóveis rurais, fomos a uma casa comercial agropecuária e estivemos com pessoas que poderiam nos informar os preços adotados na região. Fizemos, exatamente, o que mandam os manuais de avaliação, para o Método Comparativo. Levantamos, assim, os valores de mercado ou valores venais, que façam a ‘reposição de valor do bem’ ao desapropriado” (negritos nossos). Corroborou, então, no laudo complementar, que teria adotado o “Método de Comparação que consiste numa pesquisa de mercado, quanto aos preços adotados na região, para desapropriações, e que são tidos como valores venais ou de mercado, como manda a lei”. Em nenhum momento, o perito do Juízo referiu-se a pesquisas junto a órgãos encarregados de avaliação imobiliária ou entidades que, por vinculadas ao setor agrícola, tivessem condição de indicar, de forma mais técnica, um valor de referência para o imóvel. O mesmo, entretanto, não se pode dizer do segundo perito nomeado, que logrou esclarecer, de modo mais rigoroso e aproximado da realidade, o valor de mercado da propriedade. Não se diga que estruturou seus cálculos em montantes-paradigmas aquém dos valores venais. Em verdade, buscou ele evidenciar, em termos objetivos, a avaliação possível de conformidade com as variáveis coletadas e com atenção às peculiaridades do imóvel.

Acerca da metodologia a ser empregada na avaliação do imóvel em processo de desapropriação, importa atentar para as diretrizes traçadas nas normas jurídicas pertinentes. Observe-se, nesse sentido, o que dispunha a Lei nº 8.629, de 25.02.1993 – vigente à época da primeira perícia realizada –, em sua redação original (com negritos nossos):

“Art. 12. Considera-se justa a indenização que permita ao desapropriado a reposição, em seu patrimônio, do valor do bem que perdeu por interesse social.

§ 1º A identificação do valor do bem a ser indenizado será feita, preferencialmente, com base nos seguintes referenciais técnicos e mercadológicos, entre outros usualmente empregados:

I - valor das benfeitorias úteis e necessárias, descontada a depreciação conforme o estado de conservação;

II - valor da terra nua, observados os seguintes aspectos:

a) localização do imóvel;

b) capacidade potencial da terra;

c) dimensão do imóvel.

§ 2º Os dados referentes ao preço das benfeitorias e do hectare da terra nua a serem indenizados serão levantados junto às Prefeituras Municipais, órgãos estaduais encarregados de avaliação imobiliária, quando houver, Tabelionatos e Cartórios de Registro de Imóveis, e através de pesquisa de mercado”.

Posteriormente, a MP nº 2.183-56, de 24.08.2001, com reedições anteriores (é a última da série – a primogênita foi a MP nº 1.577, de 11.06.1997 –, estando em vigor por força da determinação contida no art. 2º, da Emenda Constitucional nº 32, de 11.09.2001), alterou a redação do art. 12, da Lei nº 8.629/93, que passou a ter a seguinte dicção:

Art. 12. Considera-se justa a indenização que reflita o preço atual de mercado do imóvel em sua totalidade, aí incluídas as terras e acessões naturais, matas e florestas e as benfeitorias indenizáveis, observados os seguintes aspectos:

I - localização do imóvel;

II - aptidão agrícola;

III - dimensão do imóvel;

IV - área ocupada e anciandade das posses;

V - funcionalidade, tempo de uso e estado de conservação das benfeitorias.

§ 1º Verificado o preço atual de mercado da totalidade do imóvel, proceder-se-á à dedução do valor das benfeitorias indenizáveis a serem pagas em dinheiro, obtendo-se o preço da terra a ser indenizado em TDA.

§ 2º Integram o preço da terra as florestas naturais,

matas nativas e qualquer outro tipo de vegetação natural, não podendo o preço apurado superar, em qualquer hipótese, o preço de mercado do imóvel. § 3º O Laudo de Avaliação será subscrito por Engenheiro Agrônomo com registro de Anotação de Responsabilidade Técnica - ART, respondendo o subscritor, civil, penal e administrativamente, pela superavaliação comprovada ou fraude na identificação das informações". (NR)

Realçadas tais normas diretivas, apreende-se a correção da avaliação efetuada pelo segundo vistor oficial.

Em relação às benfeitoras, é de se apontar para a relativa equivalência de valores que se observa em todas as perícias realizadas. As grandes disparidades repousam unicamente em quatro itens: a) estradas piçarradas, b) estradas sem revestimento, c) cancelas de madeira e d) fruteiras. De se realçar, outrossim, que os dois últimos itens são tratados harmonicamente pelo segundo perito do Juízo e pelo assistente indicado pelo Ministério Público, de modo que é de se concluir pela sua adequação, mesmo porque não foram objeto de específica insurreição por parte do expropriado, além do que as considerações tecidas para fins de avaliação convencem. De fato, enquanto no primeiro laudo não se diz quais os critérios utilizados para se chegar ao valor das cancelas de madeira serrada, o laudo apresentado pelo MP e, nessa parte, confirmado pelo segundo experto, destaca: *"No tocante a 06 cancelas, o preço do m², R\$ 90,00 é praticado para portões de jatobá, onde o consumo de madeira e de mão-de-obra é muito maior, além de se utilizarem madeiras muito mais selecionadas. Consultamos a firma José Ávila Cunuto Jr., C.G.C. 02.373.034/0001-57, e o Sr. Gonçalo Ribeiro Barros, CPF 341.056.384-91, ambos em Palmeira dos Índios e ambos fabricantes de cancela. O primeiro cotou em R\$ 25,00 o m² em sucupira. O segundo cotou em R\$ 25,00 o m² utilizando-se tábuas e em R\$ 30,00 o m² com barrotes. Adotando-se o preço de R\$ 25,00 pois são cancelas de tábuas, e depreciando em 50% pelo estado regular, teremos R\$ 12,50/m². Os 18 m² valem R\$ 225,00"*. Também esclarecedora é a explicitação dos motivos para a avaliação das fruteiras. Note-se, quanto a esse aspecto, que foram levados em conta os custos de implantação e

de manutenção, bem como o estado de conservação.

Quanto à estrada piçarrada e à estrada sem revestimento, a dissensão é considerável. No início da ação, o INCRA afirmou que as estradas em comento estariam com regular estado de conservação. O primeiro perito considerou que as estradas caracterizavam-se pelo bom estado, sendo que o km da piçarrada valeria R\$ 9.000,00 e o km da sem revestimento corresponderia a R\$ 3.500,00. O perito assistente do Ministério Público considerou as estradas em estado regular, “por ter sido este observado no laudo inicial do processo”, tendo atribuído como valores, por km, R\$ 2.406,20 e R\$ 160,00, respectivamente. Finalmente, o segundo vistor do Juízo, reputou bom o estado de conservação das estradas, conferindo-lhes os seguintes valores, por km: R\$ 5.059,89 (para as não revestidas, chamadas de secundárias) e R\$ 6.173,07 (para as dotadas de revestimento com piçarra). O laudo do segundo experto do Juízo parece retratar melhor a realidade. Confrontando-o com o laudo do primeiro perito, evidencia-se, naquele, um maior detalhamento, com a especificação dos cálculos e critérios considerados (custo de abertura de 1 km de estrada e custo do empicarramento = rendimento do D-4E (m³/h), número de horas equipamento, volume de material, preço horários do trator). Cotejando-o com o parecer do assistente do Ministério Público, é de se reconhecer que não se sustenta a conclusão, por esse posta, pelo estado regular das estradas em razão do simples fato de ter sido esse o estado de conservação asseverado pelo INCRA.

Frise-se que, em manifestação às fls. 794-794v, o Ministério Público, a par do parecer apresentado pelo seu assistente, reputou modelar o laudo oferecido pelo segundo perito oficial.

Sobre a incidência de correção monetária, não se pode olvidar o que dispõe o § 2º, do art. 12, da Lei Complementar nº 76, de 06.07.1993: “*O valor da indenização corresponderá ao valor apurado na data da perícia ou ao consignado pelo juiz corrigido monetariamente até a data do seu efetivo pagamento*”. Portanto, não merece reproche a sentença ao delimitar a incidência da correção monetária a partir do último e conclusivo laudo, tendo sido este o acolhido como retratador do justo preço, assim entendida a indenização sucedânea da propriedade. A correção monetária será devida até a data do efetivo pagamento da indenização (Súmula 561,

do STF).

Por fim, impende sublinhar que as benfeitorias foram avaliadas separada e detalhadamente, permitindo a identificação dos equipamentos e edificações avaliadas. Demais disso, foram seguidos os ditames legais atinentes à matéria, nos termos em que anteriormente explicitados.

De outro lado, não existe impasse em relação à possibilidade de cumulação de juros moratórios e compensatórios – “*Como os pressupostos são diversos, tem-se que é viável a cumulatividade dos juros moratórios e compensatórios*”¹ –, havendo mesmo Súmula do STJ (nº 12), consoante se destaca da ementa seguinte:

“RESP 443139 / PA ; RECURSO ESPECIAL 2002/0077543-5

Fonte DJ DATA: 17/02/2003 PG: 00234

Relator Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS (1096)

Ementa

REFORMA AGRÁRIA. DESAPROPRIAÇÃO. INDENIZAÇÃO DA TERRA NUA. PARECER E AVALIAÇÃO DO PERITO OFICIAL. JUROS MORATÓRIOS E COMPENSATÓRIOS. INCIDÊNCIA.

1. Na desapropriação, direta ou indireta, a taxa de juros compensatórios é de 12% (doze por cento) ao ano, contando-se da data de imissão na posse do imóvel.

2. Os juros de mora são de 6% (seis por cento) ao ano, e contam-se a partir do trânsito em julgado da sentença.

3. Recurso improvido.

Data da Decisão 17/12/2002

Órgão Julgador T1 - PRIMEIRA TURMA

¹ CARVALHO Filho, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 7ª ed. rev. ampl. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 636. Admite-se mesmo, nos termos do entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, como destacado pelo autor mencionado, a incidência de juros moratórios sobre os compensatórios, nas ações expropriatórias, na medida em que tal aplicação não configuraria anatocismo (fl. 637)

Decisão Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da PRIMEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros José Delgado, Francisco Falcão, Paulo Medina e Luiz Fux votaram com o Sr. Ministro Relator”.

Os **juros compensatórios**, devidos a título de compensação pela ocorrência da imissão provisória e antecipada na posse do bem, são estipulados no percentual de 12% (doze por cento) ao ano, a despeito da edição da Medida Provisória nº 1.577/97 e suas reedições – atual MP nº 2.183-56/2001 –, que limitaram esse índice em 6% (seis por cento) ao ano, tendo em conta que a limitação mencionada foi reputada inconstitucional pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da liminar da ADIn 2.332-2, em 05.09.2001. A manifestação do Pleno do Pretório Excelso é espelhada pelo seguinte dispositivo:

“O Tribunal, por maioria de votos, deferiu a medida liminar para suspender, no artigo 15-A do Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941, introduzido pelo artigo 1º da Medida Provisória nº 2.027-43, de 27 de setembro de 2000, e suas sucessivas reedições, a eficácia da expressão ‘de até seis por cento ao ano’, vencidos, em parte, os Senhores Ministros Moreira Alves (Relator), Ellen Gracie, Nelson Jobim e Celso de Mello, no que votaram suspendendo somente a eficácia do vocábulo ‘até’. O Tribunal, por maioria de votos, concedeu a liminar para dar, ao final do caput do artigo 15-A, interpretação conforme à Carta da República, de que a base de cálculo dos juros compensatórios será a diferença eventualmente apurada entre 80% do preço ofertado em juízo e o valor do bem fixado na sentença, vencidos os Srs. Ministros Ilmar Galvão e o Presidente. O Tribunal, por maioria de votos, deferiu a medida liminar para suspender a eficácia dos §§ 1º e 2º do

art. 15-A, vencidos os Senhores Ministros Ilmar Galvão e o Presidente, que a indeferiam. O Tribunal, por unanimidade de votos, indeferiu a suspensão cautelar de eficácia do § 3º do artigo 15-A. O Tribunal, por maioria de votos, vencidos, em parte, os Senhores Ministros Ilmar Galvão e Sepúlveda Pertence, deferiu a liminar para suspender a eficácia do § 4º do artigo 15-A. O Tribunal, por maioria de votos, deferiu, em parte, a medida liminar para suspender, no § 1º do artigo 27, a eficácia da expressão 'não podendo os honorários ultrapassar R\$ 151.000,00 (cento e cinquenta e um mil reais)', vencidos, em parte, os Senhores Ministros Relator e Ellen Gracie, no que indeferiam a liminar, e, também, parcialmente, os Senhores Ministros Ilmar Galvão e o Presidente, no que deferiam a suspensão total do dispositivo. Não participaram da votação dos §§ 1º, 2º, 3º e 4º do artigo 15-A, e do § 1º do artigo 27, os Senhores Ministros Nelson Jobim e Maurício Corrêa, em virtude da necessidade de se ausentarem, justificadamente”.

Incidem, pois, os 12% (doze por cento) de juros compensatórios, desde a imissão na posse, até o dia do efetivo pagamento da indenização, considerando a diferença entre 80% (oitenta por cento) do valor ofertado em juízo e o valor fixado para a indenização, nos moldes definidos pelas Súmulas 618, do STF, e 113, do STJ, bem como de conformidade com o art. 15-A, do Decreto-Lei nº 3.365/1941, com a interpretação atribuída pelo Pretório Excelso.

Ainda em relação aos juros compensatórios, enfatize-se o entendimento pacificado no Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que são devidos ainda quando se trate de propriedade improdutiva. Nesse sentido, quadra transcrever a seguinte ementa:

RESP 453823 / MA ; RECURSO ESPECIAL 2002/0101241-4

Fonte DJ DATA: 31/03/2003 PG: 00208

Relator Min. FRANCIULLI NETTO (1117)

Ementa

RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL E AD-

MINISTRATIVO. ALEGADA VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. DESAPROPRIAÇÃO. REFORMA AGRÁRIA. PROPRIEDADE IMPRODUTIVA. JUROS COMPENSATÓRIOS. INCIDÊNCIA. JUROS MORATÓRIOS. APLICAÇÃO DO ART. 15-B DO DECRETO-LEI N. 3.365-41. MP 1.577/97. REEDIÇÕES. DIREITO SUPERVENIENTE. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO.

Não houve a violação ao artigo 535 do Código de Processo Civil argüida pelo recorrente, porquanto o tribunal recorrido apreciou toda a matéria recursal devolvida.

'É irrelevante o fato de o imóvel ser ou não produtivo para a fixação dos juros compensatórios na desapropriação, vez que estes são devidos tendo em vista a perda antecipada da posse que implica na diminuição da garantia da prévia indenização constitucionalmente assegurada' (AGREsp n. 426.336/PR, Rel. Min. Paulo Medina, DJ de 02.12.2002).

No tocante aos juros moratórios, esta Corte Superior de Justiça, em respeito ao princípio da justa indenização, pacificou o entendimento de que eles são devidos na desapropriação a partir do trânsito em julgado (Súmula n. 70/STJ).

No entanto, com a edição da Medida Provisória n. 1.577, de 11 de junho de 1997, e suas sucessivas reedições, introduziu-se ao Decreto-Lei n. 3.365-41 o artigo 15-B, que dispõe que os juros moratórios serão devidos 'a partir de 1º de janeiro do exercício seguinte àquele em que o pagamento deveria ser feito'. Dessarte, faz-se mister a incidência do ius superveniens à espécie, para que se aplique à hipótese dos autos a redação dada ao artigo 15-B pela Medida Provisória suso mencionada.

A indenização fixada deve ser justa aos olhos do julgador, mas de acordo com os parâmetros estabelecidos na lei.

Ausência de prequestionamento de dispositivos le-

*gais apontados como malferidos.
Recurso especial provido em parte.*

Data da Decisão 17/12/2002

Órgão Julgador T2 - SEGUNDA TURMA

Decisão Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEGUNDA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe dar parcial provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros João Otávio de Noronha, Francisco Peçanha Martins e Eliana Calmon votaram com o Sr. Ministro Relator”.

Os **juros moratórios**, de seu turno, destinam-se a recompor a perda decorrente do atraso no efetivo pagamento da indenização fixada. São eles devidos à razão de 6% (seis por cento) ao ano, incidentes sobre o valor da indenização determinada, monetariamente corrigido. Discussão reside no *dies a quo* da incidência do mencionado percentual. Pela regra anteriormente adotada, os juros moratórios de 6% (seis por cento) ao ano contavam-se a partir do trânsito em julgado da sentença (Súmula nº 70, do STJ). Com o art. 15-B, do Decreto-Lei nº 3.365/1941, com a redação dada pela Medida Provisória nº 2.183-56/2001, os juros moratórios no percentual já apontado passaram a ser devidos a partir de 1º de janeiro do exercício seguinte àquele em que o pagamento deveria ser feito, nos termos do art. 100, da CF/88. É de se aplicar, *in casu*, o direito superveniente, porquanto já em vigor quando da prolação da sentença, em 29.04.2002, com respaldo mesmo no posicionamento manifestado, à unanimidade, pela Segunda Turma, do STJ, nos autos do RESP 453823/MA, cujo Relator foi o Ministro Franciulli Netto (j. em 17/12/2002, publ. em DJ de 31.03.2003) e de cujo voto quadra transcrever os seguintes excertos:

“No tocante aos juros moratórios, esta Corte Superior de Justiça, em respeito ao princípio da justa indenização, pacificou o entendimento, consagrado pela Súmula n. 70/STJ, de que eles são devidos na desapropriação a partir do trânsito em julgado. Entretanto, com a edição da Medida Provisória n. 1.577, de 11 de junho de 1997, e suas sucessivas

reedições, introduziu-se o art. 15-B ao Decreto-Lei n. 3.365/41, que passou a dispor que os juros moratórios serão devidos 'a partir de 1º de janeiro do exercício seguinte àquele em que o pagamento deveria ser feito, nos termos do art. 100 da Constituição'. Dessarte, faz-se mister a incidência do ius superveniens à espécie, para que se aplique à hipótese dos autos o artigo 150-B introduzido ao Decreto-Lei n. 3.365/41, que trata da desapropriação por utilidade pública e aplica-se subsidiariamente à desapropriação por interesse social, inclusive no tocante ao processo e à justa indenização devida ao proprietário, a teor do disposto no artigo 5º da Lei n. 4.132/62. Oportunas e precisas as considerações tecidas por Galeno Lacerda, publicadas na Revista Ajuris (vol. 28/7), acerca do artigo 462 do Código de Processo Civil, transcritas no v. acórdão da 3ª Câmara Civil do egrégio Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul, relatado pelo ilustre juiz João Sedinei Ruaro, julgado em 21.8.91:

'Esse notável e avançadíssimo preceito, sem paralelo nos Códigos alemão e italiano, Alfredo Buzaid o trouxe, com as modificações ampliadoras do artigo 663 do Código português, que o inscreve sob o título "Atendibilidade dos Fatos Jurídicos Supervenientes". A norma é tão revolucionária, mexe com tantos princípios processuais, elevados a dogmas consagradores de verdades tidas como absolutas e imutáveis, rasga horizontes tão vastos e surpreendentes, que a doutrina, temerosa de aventurar-se em mundo novo e desconhecido, se encolhe acanhada e vacilante.

(...)

Como quer que seja, a tese, transformada em lei e adotada pelo Direito brasileiro, de modo ainda mais abrangente do que o português, abala e subverte velhos princípios, como o do efeito consumptivo da litis contestatio, em sua rígida imutabilidade formal. Se não há mudança do pedido, há, sem dúvida,

modificação entre os fatos anteriores e os posteriores à inicial e à contestação, transformação que deve, por lei, ser considerada. O processo deixa de ater-se a um momento estático no tempo para afeiçoar-se, ao contrário, ao dinamismo e à fluência da vida, a fim de, com olhos voltados à economia das partes e à necessidade de eliminar-se o litígio com presteza, aproveitar o já instaurado para fazer a justiça ulterior ao momento inicial (...)'.

(...)

Nos termos do artigo 462 do Código de Processo Civil, assim, é de ser levado em consideração o direito superveniente surgido com a edição da citada Medida Provisória [n. 1.577/97], uma vez que 'a sentença deve (...) refletir o estado de fato da lide no momento da decisão, devendo o juiz levar em consideração, de conformidade com os arts. 303-I e 462 do CPC, direito superveniente ou fato constitutivo, modificativo ou extintivo, pois aquele nada mais é que o resultado da incidência deste' (...).

Nesse eito, cumpre salientar que não se pode ignorar legislação vigente. A indenização fixada deve ser justa aos olhos do julgador, mas de acordo com os parâmetros estabelecidos em lei". (negritos nossos)

No que tange à verba honorária, entendo ter sido devidamente fixada, de conformidade com a regra jurídica encartada no art. 27, § 1º, do Decreto-Lei nº 3.365, de 21.06.1941, com a redação determinada pela Medida Provisória nº 2.183-56/2001, norma essa subsidiária à LC nº 76/93: "A sentença que fixar o valor da indenização quando este for superior ao preço oferecido condenará o desapropriante a pagar honorários do advogado que serão fixados entre meio e cinco por cento do valor da diferença, observado o disposto no § 4º do art. 20 do Código de Processo Civil (...)"². Por outro

² A parte final do dispositivo – "(...) não podendo os honorários ultrapassar R\$ 150.000,00 (cinto e cinqüenta mil reais)" –, e apenas ela, teve a sua eficácia suspensa por força do julgamento, pelo Pretório Excelso, da liminar da ADIn 2.332-2.

lado, mostra-se plenamente satisfatório e compatível com o trabalho desenvolvido no feito o percentual definido pelo Magistrado *a quo*. Ademais, é de se ressaltar que a base de cálculo da incidência do percentual corresponde ao valor da diferença entre o *quantum* indenizatório fixado na sentença e o valor da oferta feita pelo expropriante quando do ajuizamento da ação, ambos corrigidos monetariamente (Súmula 617, do STF).

Com essas considerações, nego provimento às apelações interpostas pelo INCRA e pelo expropriado e dou parcial provimento à remessa oficial, apenas para determinar a incidência dos juros moratórios nos moldes definidos pelo art. 15-B, do Decreto-Lei nº 3.365/1941, com a redação dada pela MP nº 2.183-56/2001, já em pleno vigor quando do proferimento da sentença.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 311.018-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA
Apelante: VALDIR QUEIROZ SAMPAIO
Apelada: UNIÃO FEDERAL
Advogada: DRA. VALESCA CALAND NORONHA (APTE.)

EMENTA: ADMINISTRATIVO. JUIZ CLASSISTA. ADICIONAL POR TEMPO DE SERVIÇO. CÔMPUTO DE PERÍODO PRESTADO EM SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. IMPOSSIBILIDADE.

- Tratando a Lei 8.112/90 do Regime Jurídico dos Servidores Cíveis da União, das autarquias e das fundações, não faz jus o autor, para efeito de adicional por tempo de serviço, ao cômputo de período trabalhado em sociedade de economia mista.

- O art. 10 da Lei nº 6.903/81, que dispõe sobre a aposentadoria dos juizes temporários, deve ser interpretado restritivamente, pois tem direito o Classista, tão-somente, a contar, para fins da referida gratificação, o período em que esteve à dis-

posição da Justiça do Trabalho.
- Precedente do STF.
- Apelação improvida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, em que figuram como partes as acima identificadas, decide a Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação, nos termos do relatório, do voto do Relator e das notas taquigráficas constantes dos autos, que passam a integrar o presente julgado.

Recife, 12 de agosto de 2003 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA:

Trata-se de apelação interposta contra sentença da lavra do MM. Juiz Federal da 8ª Vara - CE que, nos autos de ação ordinária, julgou improcedente o pedido deduzido na inicial, em ação na qual se discute o direito à percepção de adicional por tempo de serviço equivalente a 35% incidente sobre os proventos do autor, Juiz Classista aposentado por invalidez.

O apelante alega, em síntese, que o período prestado ao Estado, seja como empregado do Banco do Nordeste do Brasil S/A, seja como Juiz Classista, o fez na qualidade de servidor público; se o referido adicional fora proibido aos Classistas empossados a partir de 14/10/1996, é porque anteriormente era permitido.

Contra-razões.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA (Relator):

O cerne da questão a ser dirimida consiste em saber se possui o autor, Juiz Classista aposentado por invalidez, direito ao cômputo, para fins de anuênios, do tempo de serviço prestado no Banco do Nordeste do Brasil S/A.

Observo que o pleito da parte não é digno de acolhimento.

Com efeito, o art. 67 da Lei 8.112/90 (em sua redação original) assim estabelece, *in verbis*:

“Art. 67. O adicional por tempo de serviço é devido à razão de 1% (um por cento) por ano de serviço público efetivo, incidente sobre o vencimento de que trata o art. 40.

Parágrafo único. O servidor fará jus ao adicional a partir do mês em que completar o anuênio”.

Ocorre que o referido diploma legal trata do Regime Jurídico dos Servidores Civis da União, das autarquias e das fundações, não fazendo o autor, desta forma, jus ao adicional pleiteado, pois o tempo de serviço que pretende computar foi prestado em uma sociedade de economia mista, qual seja, o BNB, pessoa jurídica de direito privado.

Por outro lado, o art. 10 da Lei nº 6.903/81, que dispõe sobre a aposentadoria dos juízes temporários, tem o seguinte teor:

“Art. 10. O juiz temporário, enquanto no exercício do cargo, equipara-se ao funcionário público civil da União, para os efeitos de legislação da previdência e assistência social”.

Tal dispositivo legal deve ser interpretado restritivamente, uma vez que, para efeito de gratificação adicional por tempo de serviço, tem direito o Juiz Classista, tão-somente, ao cômputo do período em que esteve à disposição da Justiça do Trabalho.

O colendo Supremo Tribunal Federal já se pronunciou sobre o tema, consoante se depreende do julgado adiante transcrito:

“MANDADO DE SEGURANÇA. JUIZ CLASSISTA. GRATIFICAÇÃO ADICIONAL POR TEMPO DE SERVIÇO - COMPUTÁVEL APENAS O PERÍODO PRESTADO À JUSTIÇA NO DESEMPENHO DE

REPRESENTAÇÃO CLASSISTA. INAPLICABILIDADE DO ART. 65, VIII, DA LEI COMPLEMENTAR Nº 35/79 (LOMAN).

1. A decisão do TCU está em consonância com a orientação jurisprudencial desta Corte (Rep. 1490-DF), cujo entendimento firmou-se no sentido de que não é computável, para fins de gratificação adicional devida aos magistrados da União, o tempo de serviço prestado fora das funções públicas.

2. Lei específica dispõe sobre os benefícios e vantagens dos juizes temporários. Para efeito de gratificação adicional por tempo de serviço, compreende-se, tão-somente, o período em que esteve à disposição da Justiça Trabalhista, no desempenho do cargo de juiz classista.

3. Rejeitada a arguição de vulneração ao princípio da irredutibilidade de vencimentos.

4. *Writ* indeferido”.

(Tribunal Pleno, MS 21349/PB, Rel. Min. Maurício Corrêa, *DJU* 26/04/96, p. 13113).

Destarte, não merece censura a decisão vergastada, que concluiu pela improcedência do pleito.

Por todo o exposto, nego provimento à apelação.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 312.190-SE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE

Apelante: PAULO CEZAR DE ARAÚJO GUSMÃO

Apelada: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL

Advs./Procs.: DRS. LUIZ EDUARDO AYRES DE FREITAS BRITO E OUTROS (APTE.) E AÍDA MASCARENHAS CAMPOS E OUTROS (APDA.)

EMENTA: EMBARGOS À EXECUÇÃO. SFH. EXCESSO NÃO DEMONSTRADO. CORREÇÃO

DO SALDO DEVEDOR. TR. POSSIBILIDADE.

- Embargos à execução opostos por mutuário do Sistema Financeiro da Habitação, sob o argumento, desprovido de qualquer demonstração, de excesso na cobrança de prestações em atraso, com a inobservância ao Plano de Equivalência Salarial, da forma correta de abatimento das parcelas pagas e indevida utilização da TR sobre o saldo devedor.

- “Para verificar se a instituição financeira desrespeitou, em algum momento, as cláusulas contratuais que estipulavam a forma de reajuste das prestações (Plano de Equivalência Salarial e Comprometimento de Renda), era indispensável a apresentação de documentos revelando toda a evolução salarial dos mutuários”. (AC nº 185.681/SE, Rel. Des. Federal Manuel Maia (convocado), julg. em 06/06/2002, publ. DJ de 05/09/2002, pág. 472). No mesmo sentido: AC nº 180.639/SE, Rel. Des. Federal Castro Meira, julg. em 02/08/2001, publ. DJ de 23/10/2001, pág. 916.

- “Ausência de vedação legal para utilização da TR como indexador do contrato sob exame, desde que seja o índice que remunera a caderneta de poupança livremente pactuado”. (STJ, REsp nº 44.277/DF, julg. em 15/10/2002, publ. DJU de 17/02/2003, pág. 290).

- Apelação improvida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos, em que são partes as acima indicadas, decide a egrégia Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação, na forma do relatório, voto e das notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 14 de agosto de 2003 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE:

Cuida-se de apelação de sentença que julgou improcedentes os embargos à execução de crédito hipotecário vinculado ao Sistema Financeiro da Habitação, promovida pela CEF contra o apelante, por considerar que o mesmo não logrou demonstrar o alegado excesso de execução.

Em suas razões recursais, o apelante sustenta que a CEF não vem observando o percentual de comprometimento renda mensal familiar/prestação do financiamento, utilizando-se, ainda, da TR como índice de correção monetária, o que, segundo entende, seria inconstitucional, deixando também de proceder ao abatimento das prestações pagas antes de reajustar o saldo devedor, configurando-se, assim, o excesso da execução.

Após contra-razões, vieram os autos conclusos por distribuição.

Dispensada a revisão (RI, art. 30, IX).

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE (Relator):

Segundo alega o apelante, a relação renda/prestação mensal do contrato de financiamento da casa própria adquirida pelo Sistema Financeiro da Habitação, não vem sendo observada pela CEF, o que considera ser uma ofensa ao Plano de Equivalência Salarial instituído pelo Decreto-Lei nº 2.164/84.

O apelante insiste, ainda, na defesa da inconstitucionalidade da utilização da TR – Taxa Referencial para a correção do saldo devedor do referido financiamento, bem como na incorreção da forma como a CEF procede ao abatimento das prestações pagas.

Acontece, porém, que o mesmo apelante, em sede de ação declaratória, já suscitou todos esses argumentos, sendo que este Tribunal, apreciando o feito em grau de recurso (AC 150.105/SE), assim decidiu:

“CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DECLARATÓRIA. SFH. PLANO DE EQUIVALÊNCIA SALARIAL/ CATEGORIA PROFISSIONAL. REAJUSTE DAS PRESTAÇÕES. ALEGAÇÃO DE DESOBEDIÊNCIA AO COMPROMETIMENTO INICIAL DA RENDA. AUSÊNCIA DE PROVA.

1 - No contrato de mútuo firmado pelo PES/CP, o reajuste das prestações deve corresponder ao índice de aumento salarial da categoria profissional do mutuário, obedecido, sempre, o comprometimento da renda.

2 - Objetivando a autora seja reconhecida a existência de violação ao percentual de reajuste previsto no contrato, cabe à mesma colacionar aos autos elementos suficientes a sua comprovação.

3 - *In casu*, inexistindo nos autos documentos comprobatórios dos fatos alegados, impossível constatar-se tal violação.

4 - Apelação improvida”.

(Rel. Des. Federal Petrócio Ferreira, julg. em 04/03/99). (Fls. 37).

Volta à carga o apelante, desta feita utilizando-se dos mesmos argumentos já rechaçados pelo Judiciário, deixando de colacionar aos autos qualquer prova documental que os corrobore, conforme verificado pelo MM. Juiz Federal sentenciante, ao reconhecer que *“sem demonstração do excesso de execução, a solução é o acolhimento do inconformismo do embargante, visto que o discurso sozinho não move moinhos”*. (Fls. 55).

A r. sentença recorrida encontra-se em harmonia com o entendimento desta egrégia Corte Regional sobre a questão posta, consoante se observa no seguinte precedente:

“SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. EMBAR-

GOS À EXECUÇÃO. ALEGAÇÃO DE EXCESSO. NÃO COMPROVAÇÃO.

- Embargos à execução em que se alega excesso, supostamente fruto da aplicação, sobre as prestações, de índices de reajuste estranhos aos incidentes nos vencimentos da embargante.

- Não apresentação de qualquer elemento demonstrativo.

- Conjunto documental trazido à lume pela instituição financeira, não infirmado pelo mutuário, capaz de demonstrar a condição de devedora recalcitrante do Sistema Financeiro da Habitação.

- Apelação improvida”.

(AC nº 180.639/SE, Rel. Des. Federal Castro Meira, julg. em 02/08/2001, publ. *DJ* de 23/10/2001, pág. 916).

“PROCESSO CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. EXCESSO DE EXECUÇÃO. CONTRATO DE MÚTUO. SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. VALOR DO ENCARGO MENSAL. DESRESPEITO A CLÁUSULAS CONTRATUAIS. AUSÊNCIA DE PROVAS.

- A demonstração do valor excessivo do encargo mensal referente a contrato de mútuo firmado pelo Sistema Financeiro da Habitação não é possível mediante a simples divisão do valor cobrado na execução pelo número de meses em atraso.

- Para verificar se a instituição financeira desrespeitou, em algum momento, as cláusulas contratuais que estipulavam a forma de reajuste das prestações (Plano de Equivalência Salarial e Comprometimento de Renda), era indispensável a apresentação de documentos revelando toda a evolução salarial dos mutuários.

- Excesso de execução não demonstrado.

- Apelação a que se nega provimento”.

(AC nº 185.681/SE, Rel. Des. Federal Manuel Maia (convocado), julg. em 06/06/2002, publ. *DJ* de 05/

09/2002, pág. 472).

Por derradeiro, cumpre destacar que o inconformismo do apelante quanto à aplicação da TR sobre o saldo devedor do contrato não encontra guarida na jurisprudência dominante, segundo se verifica no seguinte aresto:

“CIVIL. SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. MÚTUO. CARTEIRA HIPOTECÁRIA. SALDO DEVEDOR. CORREÇÃO MONETÁRIA. TR. ADMISSIBILIDADE. COBRANÇA CONCOMITANTE COM JUROS REMUNERATÓRIOS. LEGALIDADE.

I. Ausência de vedação legal para utilização da TR como indexador do contrato sob exame, desde que seja o índice que remunera a caderneta de poupança livremente pactuado. Precedente.

II. Representando a indexação monetária do contrato e os juros remuneratórios parcelas específicas e distintas, não se verifica o anatocismo na adoção da TR de forma concomitante nos contratos de mútuo hipotecário.

III. Primeiro recurso conhecido e provido. Segundo recurso conhecido e desprovido”.

(STJ, REsp nº 44.277/DF, julg. em 15/10/2002, publ. DJU de 17/02/2003, pág. 290).

No mais, as razões do recurso encontram-se absolutamente desprovidas de demonstração, inclusive a alegação de que a CEF não estaria procedendo corretamente ao abatimento das prestações pagas.

A r. sentença, portanto, não merece qualquer reparo, razão pela qual nego provimento à apelação.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 316.406-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES
Apelante: EDECIO BARRETO FERREIRA
Apelada: UNIÃO
Advogados: DRS. FRANCISCO DE ASSIS PEREIRA VITÓRIO E OUTRO (APTE.)

EMENTA: ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE ESTATAL. SERVIDOR QUE TEVE RETARDADA A POSSE NO SERVIÇO PÚBLICO EM VIRTUDE DE INSPEÇÃO MÉDICA QUE O CONSIDEROU INAPTO PARA O EXERCÍCIO DO CARGO.
- Posterior reavaliação, com aplicação de critérios mais benéficos, que, diante do mesmo diagnóstico, concluiu pela aptidão para a prática de tarefas burocráticas.
- Inexistência de ilicitude ou de injustiça que justifique a pleiteada indenização.
- Apelação improvida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e examinados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, negar provimento à apelação, nos termos do voto do Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas, que integram o presente.

Custas, como de lei.

Recife, 27 de maio de 2003 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES:

O apelante impugna sentença do MM. Juiz Federal Substituto da 5ª Vara de Pernambuco, Dr. Francisco Antônio de Barros e Silva Neto, que julgou improcedente pedido de indenização da União por ter sido impedido de tomar posse, em 18 de julho de 1993, no cargo de Auxiliar Judiciário do Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região, só vindo a fazê-lo em 13 de dezembro de 1994.

Alega, em resumo, que foi ilegal o ato da Junta Médica que o considerou inapto para o exercício do cargo para o qual havia sido aprovado mediante concurso público, o que é demonstrado pela reavaliação a que se submeteu por junta de especialistas, que considerou que a doença de que padecia não o inabilitava para as funções burocráticas.

Invoca a responsabilidade civil do Estado pelos prejuízos sofridos com o atraso em 16 meses e 25 dias em que foi obstada a sua posse, com as conseqüências do não recebimento de vencimentos e contagem de tempo de serviço.

Contra-razões pelo improvimento.

Por se tratar de matéria predominantemente de direito, dispensei revisão.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES (Relator):

Nomeado para o cargo de Auxiliar Judiciário, o apelante deveria se submeter a inspeção médica, e a conclusão da junta foi a de que, por ser “portador de cardiopatia - estenose aórtica severa, com gradiente de pressão VE-AO=65mn HG (CATE) e queixas de cansaço”, estava inabilitado para o exercício do cargo. Daí haver a Presidência do Tribunal tornado sem efeito o ato de nomeação, com base no disposto no art. 14 da Lei 8.112/90.

Entendo que o ato administrativo de desfazimento da nomeação se revestiu de todos os requisitos legais e não configurou qualquer abuso, decorrendo de avaliação médica que não é contestada quanto à constatação da moléstia, mas apenas quanto ao resultado da inabilitação ou não do paciente ao exercício do cargo.

Posteriormente, argumentando com o regime da previdência geral e com o precedente de lhe ter sido negado pelo INSS postulação de auxílio doença, obteve a reavaliação do seu estado por uma junta de especialistas, que constatou o mesmo mal físico, mas concluiu pela aptidão para o trabalho burocrático leve.

Cuida-se de nova interpretação que não faz revestir-se a anterior da eiva de ilegalidade.

A responsabilidade do Estado prevista no parágrafo 6º do art. 37 da Constituição Federal tem natureza objetiva, mas não prescinde da análise do nexu causal entre o ato do agente público e o dano sofrido pelo particular. É preciso, para fazer incidir a regra justificadora da indenização, para usar a expressão concisa e completa do saudoso Celso Ribeiro Bastos (*Curso de Direito Constitucional*, 1996, pág. 307), que se encontre na causação do dano um ato ilícito da Administração ou um ato que, mesmo lícito, seja injusto, “é dizer, embora fruto de um comportamento legal, a atuação estatal acaba por fazer incidir sobre uma ou algumas pessoas, bem individualizadas, os ônus cuja contrapartida é um benefício que aproveita a toda a sociedade”.

Afaste-se, desde já e como vimos, o caráter ilícito do ato de desfazimento da nomeação com base no laudo médico de inaptidão, porque este estava suficientemente fundamentado e sua base é absolutamente verdadeira.

Seria, então, esse um ato injusto? Ou seja, teria se desviado do sentido de justiça que deve nortear a ação humana? A esse respeito, tomemos a lição de John Rawls, fincada na filosofia grega:

“O sentido mais específico que Aristóteles atribui à justiça, e do qual derivam as formulações mais conhecidas da justiça, é o de evitar a pleonexia, isto é, evitar que se tire alguma vantagem em benefício próprio tomando o que pertence a outrem, sua propriedade, sua recompensa, seu cargo, e coisas semelhantes, ou recusando a alguém o que lhe é devido, o cumprimento de uma promessa, o pagamento de uma dívida, a demonstração do respeito devido, e assim por diante...”. (Uma Teoria da Justiça, 2ª ed. brasileira, 2002).

Ora, nenhuma vantagem foi subtraída do apelante, nada do que lhe pertencia foi retirado, nem sua propriedade, nem o cargo que ainda não era seu, mas apenas se lhe obstou a posse em virtude da norma que exige a prévia inspeção médica conclusiva da aptidão.

Indenizá-lo por serviços que não prestou no período compreendido entre a data da posse que foi legalmente obstada e a que resultou da reavaliação médica seria, isto sim, um ato injusto para com a sociedade, pois o desigualaria ante os demais que estão submetidos à regra do art. 14 da Lei 8.112/90.

Ante o exposto, nego provimento ao apelo.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 319.267-AL

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APO-
LIANO
Apelante: UNIÃO
Apelado: SINDICATO DOS SERVIDORES PÚBLICOS DO
PODER JUDICIÁRIO FEDERAL-SINDJUS/AL
Advogados: DRS. ERNANI ALMEIDA DE OLIVEIRA E OUTROS
(APDO.)

EMENTA: ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO DO PODER JUDICIÁRIO. PEDIDO DE PERCEPÇÃO DA FUNÇÃO COMISSIONADA, CUMULADA COM A REMUNERAÇÃO DO CARGO EFETIVO, ACRESCIDA DE 100%, DO VALOR BASE DA FUNÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. LEIS NºS 9.421/96 E 9.527/97. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS E DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. - A Lei que institui o Plano de Carreira dos Servidores do Poder Judiciário (Lei nº 9.421, de 1996) vedava a percepção da função comissionada juntamente com as parcelas incorporadas das funções comissionadas exercidas anteriormente, facultando, entretanto, ao servidor integrante do quadro do Judiciário ou ao requisitado, investi-

dos em função comissionada, a opção pela remuneração do cargo efetivo acrescida de 70% do valor-base da função comissionada.

- Com a edição da Lei nº 9.527/97, restaram por revogados os artigos 3º e 10 da Lei nº 8.911, de 1994, os quais determinavam os critérios para a incorporação dos “quintos”, garantindo-se, apenas, a atualização das parcelas aos servidores que, em 11/11/1997, tivessem cumprido os requisitos legais.

- Os “quintos/décimos” foram transformados em vantagem pessoal nominalmente identificada

- VPNI, assegurando aos servidores que já tivessem direito adquirido à incorporação, sendo a mesma reajustada em decorrência da revisão geral de remuneração.

- Continua em vigor a sistemática anterior, ou seja, a da opção entre a percepção integral da gratificação pelo exercício da função comissionada ou da remuneração de seu cargo, incluída a vantagem pessoal nominalmente identificada, acrescida de 70% (setenta por cento) do valor da função de confiança.

- A vantagem anteriormente denominada “quintos”, apenas passou a ter uma nova nomenclatura; porém a mesma continuou a ser facilmente identificada. Assim, creio que a lei não teve o objetivo de suprimir sua origem, ou seja, os “quintos”.

- “No período compreendido entre as publicações das Leis nºs 9.421/96 e 10.475/02, o servidor investido em função comissionada poderia optar pelo recebimento do valor integral correspondente à função comissionada ou pelo recebimento do valor da remuneração de seu cargo efetivo, aí incluída a VPNI, adicionada de 70% do valor integral correspondente à função comissionada (art. 14, § 2º, c/c art. 15, § 2º, da citada Lei), não sendo possível acumular, portanto, o rece-

bimento do valor integral correspondente à função comissionada com o valor da remuneração do cargo efetivo ou, isoladamente, da VPNI". Precedente do colendo TCU.

- Apelação e remessa oficial providas. Sentença reformada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em que são partes as acima identificadas, decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, dar provimento à apelação e à remessa oficial, nos termos do relatório, voto do Desembargador Relator e notas taquigráficas constantes nos autos, que passam a integrar o presente julgado.

Custas, como de lei.

Recife, 26 de junho de 2003 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO:

Examina-se apelação de sentença que julgou procedente a ação ajuizada pelo Sindicato dos Servidores do Poder Judiciário Federal em Alagoas – SINDJUS/AL, determinando o pagamento, em favor dos ora representados, da parcela integral (100%) das Funções Comissionadas (FC's), bem como o pagamento das parcelas retroativas a 11/11/97, cumulativamente com a remuneração do cargo efetivo e a Vantagem Pessoal Nominalmente Identificada - VPNI.

A parte dispositiva da r. sentença assim está posta, *in verbis*:

“(…)

17. Por todo exposto, julgo procedente o pedido, para certificar aos substituídos do sindic-

**to, ativos e inativos – aposentados e pensionistas –, o direito subjetivo ao recebimento da remuneração da função de confiança, de forma integral, compreendendo-se a remuneração base, acrescida da GAJ e da APJ, independente de opção, cumulativamente com a remuneração do cargo efetivo e com as vantagens pessoais, inclusive a VPNI- Vantagem Pessoal Nominalmente Identificável –, condenando-se a ré ao pagamento dos valores referentes a estas parcelas vencimentais, a partir de 11 de novembro de 1997, monetariamente corrigidos e acrescidos de juros de mora à razão de 1% ao mês, a partir da citação.
(...)”.**

Irresignada, a União desafiou apelação, a sustentar que, com a extinção do direito à incorporação da retribuição paga pelo exercício de função comissionada, para as situações preexistentes, modificou-se, tão-somente, a nomenclatura de “quintos” para VPNI, sem que se promovesse, como sustenta o Sindicato substituído, qualquer alteração na natureza jurídica da vantagem em questão. Afirma-se que a vantagem passou a ter, apenas, nova denominação, porém continuou a ser facilmente identificada, eis que a Lei, assim se diz, jamais teve o objetivo de abolir sua origem (“quintos”).

Sustenta que, tendo a VPNI a mesma natureza jurídica dos antigos “quintos”, afigura-se irrefutável a conclusão de que a mesma é parcela integrante da remuneração do servidor público, consoante o enunciado do artigo 1º, III, da Lei nº 8.852/94, que estabelece: *“como remuneração, a soma dos vencimentos com os adicionais de caráter individual e mais vantagens, nestas compreendidas as relativas à natureza ou ao local de trabalho e a prevista no art. 62 da Lei nº 8.112, de 1990, ou outra paga sob o mesmo fundamento”*. Assegura, pois, ser a VPNI parcela componente da remuneração.

Argumenta que a Lei nº 9.421/96 facultou ao servidor integrante da carreira judiciária e ao requisitado investidos em funções co-

missionadas a opção pela remuneração de seu cargo efetivo, acrescida de 70% do valor-base da “FC”, tal como fixado no anexo I.

Por fim, diz-se que não há qualquer incompatibilidade entre os artigos 14 e 15 da Lei nº 9.421/96 e o artigo 15 da Lei nº 9.527/97, de sorte que o direito de opção previsto no estatuto remuneratório dos servidores públicos do Poder Judiciário da União em nada foi afetado com a transformação dos “quintos/décimos” em “VPNI”.

Contra-razões às fls. 291/315, pugnando pela manutenção da sentença.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO (Relator):

Ao meu sentir, merece ser reformada a douta sentença proferida no juízo planicial.

A tese básica do Sindicato, ora apelado, é a de que, com a transformação dos “quintos/décimos” em vantagem pessoal nominalmente identificada - VPNI, ocorrida em virtude da edição da Lei nº 9.527/97, deixou de ser aplicável o regime de opção previsto na Lei nº 8.911, de 1994, eis que esta teria sido revogada por incompatibilidade normativa.

Para o deslinde da controvérsia, faz-se necessária uma análise acurada das legislações que envolvem o tema em discussão.

A Lei nº 9.421, de 1996, que institui o Plano de Carreira dos Servidores do Poder Judiciário, vedava a percepção da função comissionada juntamente com as parcelas incorporadas das funções comissionadas exercidas anteriormente, nos termos do parágrafo 2º do artigo 15, *in verbis*:

“Art. 15. Aos servidores das carreiras judiciárias, ocupantes de Função Comissionada, aplica-se a legislação geral de incorporação de parcela mensal da remuneração de cargo em comissão ou função de confiança.

(...)

§ 2º Enquanto estiver no exercício de Função Comissionada, o servidor não perceberá a parcela incorporada, salvo se tiver optado pela remuneração do seu cargo efetivo”.

Entretanto, no mesmo comando normativo, em seu artigo 14, § 2º, facultou-se ao servidor integrante da carreira judiciária e ao requisitado, investidos em funções comissionadas, a opção pela remuneração do cargo efetivo acrescido de 70% (setenta por cento) do valor-base da função comissionada.

Todavia, com a edição da Lei nº 9.527/97, revogaram-se os artigos 3º e 10 da Lei nº 8.911, de 1994, os quais estabeleciam os critérios para a incorporação dos “quintos”, garantindo, apenas, a atualização das parcelas àqueles servidores que, em 11/11/1997, tivessem cumprido os requisitos legais. Confira-se, a propósito, o teor do artigo 15, *in verbis*:

“Art. 15. Fica extinta a incorporação da retribuição pelo exercício de função de direção, chefia ou assessoramento, cargo de provimento em comissão ou de Natureza Especial a que se referem os arts. 3º e 10 da Lei nº 8.911, de 11 de julho de 1994.

§ 1º A importância paga em razão da incorporação a que se refere este artigo passa a constituir, a partir de 11 de novembro de 1997, vantagem pessoal nominalmente identificada, sujeita exclusivamente à atualização decorrente da revisão geral da remuneração dos servidores públicos federais.

§ 2º E assegurado o direito à incorporação ou atualização de parcela ao servidor que, em 11 de novembro de 1997, tiver cumprido todos os requisitos legais para a concessão ou atualização a ela referente”.

Ressai, pois, do adrede reproduzido, que os “quintos” foram apenas transformados em vantagem pessoal nominalmente identificada - VPNI, assegurando aos servidores que já tivessem direito adquirido à incorporação, sendo a mesma reajustada em decorrência da revisão geral de remuneração.

Assim, tenho que a tese do Sindicato apelado de que a partir de 11/11/97 os denominados “quintos” foram suprimidos (revogados por força da nova Lei) da remuneração dos seus substituídos e transformados na vantagem pessoal nominalmente identificada e, por isso, teriam aqueles servidores direito ao pagamento da integralidade da função comissionada, não merece guarida.

In casu, a alegada revogação não ocorreu. Ainda continua em vigor a sistemática anterior, ou seja, a da opção entre a percepção integral da gratificação pelo exercício da função comissionada ou da remuneração de seu cargo, incluída a vantagem pessoal nominalmente identificada, acrescida de 70% (setenta por cento) do valor da função de confiança. A vantagem anteriormente denominada “quintos” apenas passou a ter uma nova nomenclatura; porém a mesma continuou a ser facilmente identificada, não tendo o legislador o objetivo de suprimir sua origem.

Neste sentido, a jurisprudência desta corte tem se posicionado, confira-se:

“ADMINISTRATIVO. SERVIDOR DO PODER JUDICIÁRIO. FUNÇÃO COMISSIONADA COM A REMUNERAÇÃO DO CARGO EFETIVO MAIS 100% DO VALOR-BASE DA FUNÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. LEIS NºS 9.421/96 E 9.527/97.

A Lei nº 9.421/96, que instituiu o Plano de Carreira dos Servidores do Poder Judiciário, vedava a percepção da função comissionada juntamente com as parcelas incorporadas de funções comissionadas exercidas anteriormente, nos termos do parágrafo 2º do art. 15. Todavia, o parágrafo 2º do art. 14 do referido diploma legal facultou ao servidor integrante da carreira judiciária ou requisitado, investido em função comissionada, a opção pela remuneração do cargo efetivo acrescido de 70% (setenta por cento) do valor-base da função comissionada.

A Lei nº 9.527/97 revogou, no seu artigo 18, os artigos 3º e 10 da Lei nº 8.911/94, em que estabeleciam os critérios para a incorporação de quintos. O art. 15 da citada lei extinguiu a incorporação de tais par-

celas, assegurando apenas a atualização de parcelas ao servidor que, em 11 de novembro de 1997, tivesse cumprido todos os requisitos legais.

As parcelas de quintos/décimos não foram suprimidas da remuneração dos servidores públicos, apenas foram transformadas em vantagem pessoal nominalmente identificada (VPNI), sendo reajustada em decorrência de revisão geral de remuneração. Não houve ofensa ao princípio constitucional de irredutibilidade de vencimentos, com a transformação dos quintos/décimos em vantagem pessoal nominalmente identificada.

Situação de vantagem dos substituídos do autor que não se adequa aos pontos definidos na sentença apelada.

Apelação não provida”.

(TRF 5ª Região, Apelação Cível nº 257680/RN, Terceira Turma, Relator Des. Fed. Paulo Machado Cordeiro (Substituto), julgado em 25/06/2002, *DJU* de 12/12/2002, p. 557, por maioria).

A propósito, tenho notícia de que a jurisprudência do colendo Superior Tribunal de Justiça, pela voz sempre lúcida do eminente Ministro Vicente Leal, recentemente adotou a mesma tese aqui sustentada, confira-se:

“ADMINISTRATIVO. SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS. FUNÇÕES COMISSIONADAS. INCORPORAÇÃO. EXTINÇÃO. LEI 9.527/97. OPÇÃO DE 70%. LEI 9.421/96. REVOGAÇÃO TÁCITA. INOCORRÊNCIA.

- A nova disciplina estabelecida para a remuneração dos comissionados, com a extinção da possibilidade de novas incorporações de parcela do valor da retribuição pelo exercício da função e mudança de denominação dos valores percebidos a esse título - VPNI, de forma alguma implicou em revogação tácita do art. 15, § 2º, da Lei nº 9.421/96. Novel legislação que não se afigura incompatível com o objetivo da norma preconizada no dispositivo, que era impe-

dir que o servidor recebesse valores referentes ao atual exercício de função comissionada em conjunto com quantitativo derivado, justamente, do seu próprio desempenho no passado”. (RMS 12.272/DF, DJU DE 15.04.2002).

- Recurso especial não conhecido”.

(STJ, REsp 463432/DF, Sexta Turma, data da decisão: 01/04/2003, DJ de 28/04/2003, p. 274, Ministro Vicente Leal).

Quadra salientar que, em 02/04/98, foi editada a Lei nº 9.624, de 1998, que transformou os “quintos” em décimos, a partir de 1º de novembro de 1995 e até 10/11/97, incluindo-se, aí, os “quintos” já incorporados, no limite de dez décimos. Observe-se:

“Art. 1º A remuneração dos cargos em comissão e das funções de direção, chefia e assessoramento, nos órgãos e entidades da Administração Federal direta, autárquica e fundacional do Poder Executivo, para fins do disposto no parágrafo único do art. 62 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, é a constante do Anexo desta Lei, observados os reajustes gerais e antecipações concedidos ao servidor público federal.

(...)

Art. 2º Serão consideradas transformadas em décimos, a partir de 1º de novembro de 1995 e até 10 de novembro de 1997, as parcelas incorporadas à remuneração, a título de quintos, observado o limite máximo de dez décimos”.

Na legislação adrede referida, que foi publicada em 02/04/98, com o intuito de assegurar as situações consolidadas e ocorridas em períodos pretéritos, determinou-se, no artigo 3º, que seriam concedidas ou atualizadas as parcelas de “quintos” a que o servidor fizesse jus nos períodos assim compreendidos, confira-se:

a) os servidores que completaram o interstício entre 19 de janeiro de 1995 e 28 de fevereiro de 1995 incorporarão os “quintos” (12 meses);

b) se o interstício se efetivar entre 1º de março e 26

de outubro de 1995, a incorporação será dos décimos;

c) se o interstício se implantar a partir de 27 de outubro de 1995 até o dia 10 de novembro de 1997, será assegurada a incorporação de um décimo (1/10). Por derradeiro, faço registrar que a Lei nº 9.624, de 1998, consignou em seu artigo 5º: *“Fica resguardado o direito à percepção dos décimos já incorporados, bem como o cômputo do tempo de serviço residual para a concessão da próxima parcela, até 10 de novembro de 1997, observando-se o prazo exigido para a concessão da primeira fração estabelecido pela legislação vigente à época”*.

A fim de corroborar a posição aqui sustentada, oportuno registrar que matéria em tudo a esta assemelhada já havia merecido a apreciação do colendo Tribunal de Contas da União, quando do julgamento do Processo nº 005.425/2000-4, originário de Consulta realizada pelo e. Tribunal Superior Eleitoral, feito relatado pelo eminente Ministro Sepúlveda Pertence. Do voto proferido por Sua Excelência, destaco os seguintes excertos, *ad litteram*:

“Vistos, relatados e discutidos estes autos de consulta, por meio da qual o Exmo. Ministro Maurício Corrêa, Vice-Presidente do Tribunal Superior Eleitoral, em exercício da Presidência, pergunta a esta Corte acerca da possibilidade de percepção cumulativa dos vencimentos de cargo efetivo com Função Comissionada Integral e Vantagem Pessoal Nominalmente Identificada (VPNI), estas últimas originadas da incorporação de quintos e décimos.

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, com fundamento no art. 1º, inciso I, da Lei nº 8.443/92, pelas razões expostas pelo Relator, em:

9.1. conhecer da presente consulta;

9.2. informar a Entidade Consulente que:

9.2.1. no período compreendido entre as publicações das Leis nºs 9.421/96 e 10.475/02, o servidor investido em função comissionada poderia optar pelo re-

cebimento do valor integral correspondente à função comissionada ou pelo recebimento do valor da remuneração de seu cargo efetivo, aí incluída a VPNI, adicionado de 70% do valor integral correspondente à função comissionada (art. 14, § 2º, c/c art. 15, § 2º, da citada Lei), não sendo possível acumular, portanto, o recebimento do valor integral correspondente à função comissionada com o valor da remuneração do cargo efetivo ou, isoladamente, da VPNI;

9.2.2. após a publicação da Lei nº 10.475/2002, o servidor investido em função comissionada ou nomeado para o cargo em comissão pode optar pelo recebimento do valor integral da função ou cargo em comissão, constante dos anexos IV e V (art. 5º, caput, da citada Lei), ou pelo valor correspondente à remuneração do respectivo cargo efetivo, incluída a VPNI, adicionado dos valores constantes dos anexos VI e VII, correspondentes aos valores reduzidos dos cargos em comissão ou funções (art. 5º, §§ 1º e 2º, da citada Lei), não sendo possível, portanto, o recebimento do valor correspondente à remuneração do cargo efetivo, incluída a VPNI, ou mesmo essa isoladamente, cumulado com os valores integrais das funções ou cargos em comissão constantes dos citados anexos IV e V;

9.3. encaminhar cópia desta decisão aos órgãos do Poder Judiciário jurisdicionados a esta Corte de Contas;

9.4. determinar ao controle interno dos órgãos referidos no item anterior que se manifestem expressamente, nas próximas contas anuais, sobre a observância da orientação normativa contida nos itens 9.2.1 e 9.2.2 a partir da data da publicação deste Acórdão". (Acórdão nº 582/2003 - TCU - Plenário, Sessão de 28/05/2003).

Tudo se encasa, portanto, para referendar a posição sufragada neste Tribunal e no colendo Superior Tribunal de Justiça, eis que não há possibilidade de se assegurar aos ora substituídos o

direito à percepção de 100% (cem por cento) da função comissionada de que são titulares, cumulada com a vantagem pessoal nominalmente identificada, face à vedação consubstanciada nas Leis nºs 9.421/96 e 9.527/97, pelo que dou provimento à apelação e à remessa oficial.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 320.892-RN

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE
Apelante: JOSÉ TIBURCIO SOBRINHO
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Advogados: DRS. MÁRCIA REGINA MARQUES DOS SANTOS (APTE.) E MARCELO BEZERRA FERNANDES E OUTROS (APDO.)

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. CONCESSÃO DE BENEFÍCIO. FALTA DE REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. INEXISTÊNCIA DE PRETENSÃO RESISTIDA. CARÊNCIA DE AÇÃO. ART. 267, VI, DO CPC. APELAÇÃO IMPROVIDA.

- A exigência de prévio requerimento administrativo não obsta o direito de ação, nem afronta o preceito constitucional insculpido no art. 5º, inciso XXXV. Torna-se evidente que, ao se exigir a demonstração do legítimo interesse para a propositura de ação, não está a se excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, mas apenas a exigir que o demandante comprove a existência da lesão ou da ameaça a seu direito, para que o Estado intervenha, na composição do conflito de interesses.

- A falta de interesse de agir do litigante, caracterizada pela falta de requerimento administrativo, poderá ser suprida na ação judicial, segundo

entendimento já pacificado na jurisprudência, quando o réu contesta o pedido, já que resta demonstrada a existência de pretensão resistida, justificando a atividade jurisdicional.

- Na hipótese dos presentes autos, a autarquia sequer foi citada, sequer tomou conhecimento da pretensão do demandante.

- Não tendo o demandante requerido o benefício administrativamente, e não tendo sido a pretensão negada, no mérito, em Juízo, pelo réu, merece ser mantida a sentença do Juízo singular, que julgou extinto o processo, conforme dispõe o art. 267, VI, do CPC.

- Apelação improvida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação, na forma do relatório, voto e das notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 14 de agosto de 2003 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE:

Cuida-se de apelação interposta por José Tiburcio Sobrinho, em face da sentença de fls. 30, da lavra do MM. Juízo Federal da 1ª Vara-RN, que julgou extinto o processo, sem exame de mérito, dada a ausência de prévio requerimento administrativo junto ao INSS, cujo pedido deduzido na inicial tem por objeto a concessão de aposentadoria especial por tempo de serviço.

Em suas razões recursais, o apelante, em síntese, sustenta que para propor ação judicial a atual Constituição Republicana dis-

pensa o prévio requerimento administrativo, que é da sabença de todos que a autarquia previdenciária dificulta o acesso do cidadão no momento de formular qualquer pedido, que não consegue atender as exigências impostas por ela, não se conseguindo sequer dar entrada na documentação pertinente ao benefício pretendido.

O INSS, em suas contra-razões, aduz que não hão como prosperar as alegações do apelante, afirma que todo pedido formulado perante a autarquia tem sido atendido a contento, asseverando que é exatamente a função do Órgão Previdenciário conceder e manter os benefícios da área de sua competência, afirmando, mais, que dita missão vem sendo cumprida de forma ímpar, sem similar no mundo, contando hoje com mais de 20 milhões de benefícios mantidos por ele. No mérito, argumenta que não estão presentes as condições da ação, por não haver litígio, pois não há pretensão resistida. Por fim, pugna pelo desprovemento do recurso, mantendo-se a sentença recorrida.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE (Relator):

Consoante demonstrado no relatório, o demandante ajuizou a presente ação, a fim de ver reconhecido o seu direito à percepção de aposentadoria especial por tempo de serviço, por já contar com mais de 40% (quarenta por cento) do tempo, conforme exigido por lei.

Antes de receber a inicial e mandar citar o réu, determinou o MM. Juiz *a quo* que o autor comprovasse, em 10 (dez) dias, que requerera administrativamente o benefício pleiteado, a fim de justificar a propositura da ação, com a pretensão resistida, esclarecendo que, em caso negativo, o processo seria extinto.

Com a intimação da patrona da causa a respeito do despacho proferido, o autor peticionou, insistindo na desnecessidade do prévio requerimento administrativo, sustentando que estava a fazer uso do direito de ação, garantido constitucionalmente, para buscar do Estado a tutela jurisdicional. Então, o MM. Juiz julgou extinto o processo.

Em que pese a singeleza da sentença monocrática, é de se reconhecer que assiste razão ao Magistrado sentenciante. Com efeito, dispõe o art. 3º do CPC que, para propor ação, é necessário ter legítimo interesse, vale dizer, o exercício do direito de ação, para ser legítimo, pressupõe um conflito de interesses, uma lide, cuja composição se solicita ao Estado. Sem uma pretensão resistida, não há litígio, não se justifica invocar a atividade jurisdicional para solucionar pretensão isenta de resistência. O que move a ação é o interesse na composição da lide (interesse de agir); não existindo lide, não há razão para se buscar a tutela jurisdicional.

Quanto ao preceito constitucional insculpido no art. 5º, inciso XXXV, torna-se evidente que, ao se exigir a demonstração do legítimo interesse para a propositura de ação, não está a se excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, mas apenas a exigir que o demandante comprove a existência da lesão ou da ameaça a seu direito, para que o Estado intervenha, na composição do conflito de interesses.

A função precípua do Judiciário é compor os conflitos de interesses motivadores para invocar a tutela jurisdicional, ao se dispensar, generalizadamente, o prévio pedido administrativo do benefício com o seu indeferimento ou a omissão administrativa em apreciá-lo, caracterizando a resistência – a justificar a atuação do Judiciário –, a conclusão seria de que o Judiciário passaria a exercer o papel da Administração, analisando, em primeira mão, pedidos de benefícios, deixando de compor conflitos de interesses, justificadores da invocação da tutela jurisdicional, para exercer função meramente administrativa, sufocando a estrutura judiciária e onerando ainda mais os cofres da Previdência com os ônus da sucumbência, diga-se de passagem, injustificadamente.

O entendimento que vem sendo adotado pela jurisprudência formada em nossos Tribunais é no sentido de que a falta de interesse de agir do segurado, por ausência de prévio requerimento administrativo, será suprida na ação judicial por ele intentada, quando a autarquia previdenciária contesta o pedido formulado, deixando clara a pretensão resistida, possibilitando, portanto, a apreciação do mérito.

Em hipótese como a dos autos, a autarquia sequer foi citada,

sequer tomou conhecimento da pretensão do demandante, ou seja, nem conflito existe, ademais lide. Onde estaria o direito lesionado ou ameaçado? Como se justificaria a invocação da tutela jurisdicional do Estado?

Noutra hipótese, entendimento já pacificado na jurisprudência é a dispensa do esgotamento, ou seja, o esgotamento da via administrativa, com todos os recursos cabíveis, dando-se como suprida a falta de interesse de agir do litigante, já que resta demonstrada a existência de pretensão resistida, justificando a atividade jurisdicional.

Não tendo o demandante requerido o benefício administrativamente, e não tendo sido a pretensão negada, no mérito, em Juízo, pelo réu, merece ser mantida a sentença do Juízo singular, que julgou extinto o processo, conforme dispõe o art. 267, VI, do CPC.

Nesse sentido, permito-me transcrever os seguintes precedentes, cujos fundamentos, *mutatis mutandis*, aplicam-se à hipótese dos autos:

“PREVIDENCIÁRIO. AMPARO SOCIAL A DEFICIENTE. ART. 203, V, DA CF. LEI Nº 8.742/93. AUSÊNCIA DO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. FALTA DE INTERESSE DE AGIR.

O art. 203, V, da Constituição Federal é uma norma de eficácia contida, carecedora de regulamentação pelo legislador ordinário, efetivada pela Lei nº 8.742/93, com regulamentação pelo Decreto nº 1.330/94 e 1.744/95. Faz jus ao benefício o interessado que requerer administrativamente o amparo e provar que preenche as requisitos legais, retroagindo a concessão à data do requerimento. **Mesmo não sendo necessário o esgotamento da via administrativa, a concessão do benefício em tela depende da iniciativa do interessado junto ao órgão competente, pois apenas o indeferimento expresso do pedido ou a demora injustificada no atendimento ensejaria o ingresso em juízo.** Apelo improvido”.

(TRF 5ª R. – AC 05115996 – (9705139938) – CE – 1ª

T. – Rel. Des. Fed. Castro Meira – *DJU* 14.05.1999 – p. 741). (Grifos nossos).

“PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. CONCESSÃO DE BENEFÍCIO. PRETENSÃO MATERIAL RESISTIDA. AUSÊNCIA DE PROVA. CONTESTAÇÃO LIMITADA À MATÉRIA PRELIMINAR PROCESSUAL. AÇÃO PROCESSUAL. FALTA DE INTERESSE DE AGIR.

Limitando-se a contestação a abordar matéria de índole preliminar processual e não tendo provado o autor a prévia formulação de requerimento administrativo de concessão de benefício previdenciário, indeferido expressa ou tacitamente, falta interesse de agir sob o aspecto necessidade no manejo de ação processual com esse escopo, ante a ausência de pretensão material resistida”.

(*TRF 5ª R. – AC 05154042 – (9805531490) – AL – 3ª T. – Rel. Des. Fed. Rivalvo Costa – DJU 24.09.1999 – p. 1369*).

“PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. APOSENTADORIA POR IDADE. RURÍCOLA. INTERESSE DE AGIR. AUSÊNCIA DE PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO.

Orientação jurisprudencial assente nesta Corte sobre não caracterizar falta de interesse de agir do segurado a ausência de prévio requerimento administrativo do benefício se, na ação judicial por ele intentada, a autarquia previdenciária contesta o pedido formulado, deixando clara a pretensão resistida, assim a existência de lide.

Agravo a que se nega provimento”.

(*TRF 1ª R. – AG 01000167568 – MG – 2ª T. – Rel. Des. Fed. Carlos Moreira Alves – DJU 02.09.2002 – p. 10*).

“CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. AUSÊNCIA DE REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO JUNTO AO INSS. PRELIMINAR DE CARÊNCIA DA

AÇÃO, POR FALTA DE INTERESSE DE AGIR. EXTINÇÃO DO PROCESSO, COM BASE NO ART. 267, VI, DO CPC. DESCABIMENTO. PRETENSÃO RESISTIDA PELO INSS. DESPICIENDA A VIA ADMINISTRATIVA, *IN CASU*. APELAÇÃO PROVIDA.

1. A falta de pedido administrativo de revisão de benefício, junto ao INSS, não obsta o direito de ação. O inciso XXV do art. 5º da Lei Maior não condiciona o acesso ao Poder Judiciário. Preliminar rejeitada.

2. **Se a pretensão é resistida no processo judicial, despcienda a utilização da via administrativa. Precedente desta Corte.**

3. Apelação a que se dá provimento para anular a sentença, devendo o processo retornar ao Juízo de origem para novo julgamento”.

(TRF 1ª R. – AC 01000400750 – MG – 1ª T. Supl. – Rel. Juiz Conv. Manoel José Ferreira Nunes – *DJU* 17.10.2002 – p. 122). (Grifos nossos).

Ante o exposto, reportando-me aos precedentes retrotranscritos, nego provimento à apelação.

É como voto.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 2.353-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PETRUCIO FERREIRA

Apelante: JUSTIÇA PÚBLICA

Apelados: MATOS PORTELA COM/ E REPRESENTAÇÕES LTDA., CONSTRUTORA PESSOA ANDRADE LTDA. E OUTROS

Advogados: DRS. FLÁVIO JACINTO DA SILVA E JONAS CATUNDA JÚNIOR (APDOS.)

EMENTA: PENAL. PROCESSO PENAL. DIREITO CONSTITUCIONAL. PEDIDO DE QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO FORMULADO POR AUTORIDADE POLICIAL E RATIFICADO PELO PARQUET

FEDERAL NOS AUTOS DE INQUÉRITO POLICIAL. INDEFERIMENTO PELO JUÍZO A QUO. APELAÇÃO. CABIMENTO. ARTIGO 593, II, DO CPPB. REFORMA DA DECISÃO SINGULAR. MEDIDA EXTREMA. POSSIBILIDADE. PROCEDIMENTO POLICIAL INSTAURADO COM INDÍCIOS DE CRIMES, EM TESE, QUE ENVOLVEM O PATRIMÔNIO E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COM ENRIQUECIMENTO ILÍCITO POR PARTE DO AGENTE (DESVIOS DE RECURSOS PÚBLICOS FEDERAIS). PROCEDÊNCIA DO RECURSO.

- Cuidando a hipótese de inquérito policial, não originário, e cuja competência é de Juiz Federal de 1º grau, onde se apura, em tese, a ocorrência de crime de desvios de recursos públicos federais, e cuja decisão interlocutória recorrida, por sua natureza, pôs termo a uma etapa do procedimento, tem força definitiva para fins de apelação - artigo 593, II do CPPB.

- Presentes circunstâncias que denotem a existência de um interesse público superior, sobressaindo ao interesse particular, a medida excepcional, ora requerida - quebra de sigilo bancário -, apresenta-se incensurável, no quanto de ser uma diligência que se compatibiliza com a norma inscrita no art. 5º, X e XII, da CF/88, e expressa na Lei Complementar nº 105, de 10 de Janeiro de 2001, impondo-se, de logo, a reforma da decisão a quo, com a autorização da quebra do sigilo bancário nos termos e limites requeridos pela autoridade policial, em face de estar amparada em indícios de autoria de crimes, em tese, contra o patrimônio público e enriquecimento ilícito da parte do agente, prosseguindo-se as diligências necessárias ao exaurimento da persecução criminal.

- A quebra de sigilo bancário não implica dar publicidade aos dados dos titulares da conta, servindo, apenas, para as autoridades interessa-

***das verificarem a ocorrência ou não de crime (precedentes – STJ).
- Apelação do Ministério Público Federal provida.***

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, dar provimento à apelação para autorizar a quebra do sigilo bancário, nos termos e limites requeridos pela autoridade policial às fls. 02/04 dos autos do Inquérito Policial 903/95 (96.0002235-6), nos termos do voto do Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 18 de março de 2003 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL PETRUCIO FERREIRA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PETRUCIO FERREIRA:

Cuida a hipótese de apelação criminal interposta pelo Ministério Público Federal (fls.10/12) contra decisão proferida pela MM. Juíza Federal da 3ª Vara/Ceará, Germana de Oliveira Moraes, que indeferiu pedido de quebra de sigilo bancário formulado por Delegado de Polícia Federal e ratificado pelo Ministério Público Federal em primeira instância, em referência a rastreamento das contas existentes em várias entidades financeiras, nos autos do inquérito policial instaurado para apurar possível desvio de recursos federais dos convênios firmados entre a Fundação Nacional de Saúde (Ministério da Saúde) e a Prefeitura Municipal de Maracanaú – CE, importando em mais de 02 (dois) milhões de reais.

Nos fatos, a D. Autoridade Policial, no seu requerimento de fls. 02/04, informa que há fortes indícios de graves irregularidades na aplicação dos referidos recursos públicos federais, seja na aquisição de leite em preço superfaturado (desvio de quase R\$ 100.000,00); seja na não entrega do produto para crianças desnutridas e gestantes sob risco nutricional (deveriam ter sido entre-

gues 900 mil litros de leite, quando apenas 80 mil litros foram entregues); seja nos indícios de pagamento de propina a funcionários envolvidos na aplicação dos recursos desviados.

A douta Juíza Federal, Dra. Germana de Oliveira Moraes, na decisão que indeferiu o pedido de sigilo bancário, entendeu que o período da quebra do sigilo bancário compreendia “largos intervalos de tempo, o que resultaria numa devassa e desproporcional invasão à intimidade dos investigados”.

Em suas razões de apelação, o órgão do Ministério Público Federal alega que referido argumento da Juíza é insustentável, vez que não tem a autoridade policial o conhecimento da data exata em que ocorreram as propinas; ademais, caberia à Magistrada *a quo* restringir a quebra do sigilo ao período que entendesse cabível, e não simplesmente trancar a investigação, pois foram exauridas todas as outras fontes de investigações. No mérito, pugna pela autorização da quebra de sigilo bancário nos limites requeridos pela autoridade policial para que haja a pronta revelação dos autores do crime e a imediata sujeição ao processo criminal. Contra razões apresentadas às fls. 17/24 e 26/29.

Em seu Parecer, o Ministério Público Federal em segunda instância, através da Exma. Representante Dra. Eliane de Albuquerque Oliveira Recena, fls. 51/63, opinou pelo provimento do recurso a fim de ser promovida a quebra do sigilo bancário, nos termos e limites propostos.

No voto de minha lavra, fls. 65/68, entendi, inicialmente, que a hipótese não era de apelação, nem correição parcial, mas sim de mandado de segurança em matéria penal. Tendo sido os autos encaminhados ao Pleno desta Corte, onde ficou decidido, à unanimidade, o retorno dos autos à Turma de origem para julgamento do presente recurso como apelação.

Vindo-me os autos conclusos, pedi dia para julgamento.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PETRUCIO FERREIRA (Relator):

Conforme noticiou o incluso relatório, a hipótese é de apelação criminal interposta pelo Ministério Público Federal contra decisão proferida pela MM. Juíza Federal da 3ª Vara/Ceará, Germana de Oliveira Moraes, que indeferiu pedido de quebra de sigilo bancário formulado por Delegado de Polícia Federal e ratificado pelo Ministério Público Federal em primeira instância, em referência a rastreamento das contas existentes em várias entidades financeiras, nos autos do inquérito policial instaurado para apurar possível desvio de recurso federal dos convênios firmados entre a Fundação Nacional de Saúde – FNS/MS e a Prefeitura Municipal de Maracanaú-CE importando em mais de 02 (dois) milhões de reais.

Do pedido formulado pela DD. autoridade policial (fls.02/04) e ratificado pelo Ministério Público Federal (fls.06/07), em relação à quebra de sigilo bancário, a MM. Juíza Federal, ao proferir sua decisão, assim se houve (fls.08):

“... Penso que a violação do sigilo bancário, protegido constitucionalmente (art. 5º, incisos X e XII, da Lei Maior) como meio de preservar o direito fundamental à intimidade, somente poderá ocorrer no interesse da instrução penal, havendo processo criminal regularmente instaurado, conforme se infere do art. 38, parágrafo 1º, da Lei nº 4.595/64, que restou recepcionada pela vigente Constituição da República”.

“... Ademais, admitindo-se possa ocorrer, apesar da redação do item XII do art. 5º da Constituição Federal, só é possível, conforme afirmou com precisão o Juiz Silvério Cabral, do egrégio TRF 2ª Região, ‘para aferir fatos específicos e previamente enunciados, e não de forma genérica, correspondendo a uma verdadeira devassa econômica do contribuinte’”.

“... No caso concreto, o pedido de quebra de sigilo bancário carece de objetividade, pois não descreve o fato preciso objeto de apuração, referindo-se, ademais, a largos intervalos de tempo, o que ensejaria a prestação de informações genéricas por parte das entidades financeiras, representando, assim, autên-

tica devassa e desproporcional invasão à intimidade dos investigados”.

“... Por essas razões, indefiro o pedido de fls. 2461 a 2463”.

Em suas razões de apelação, o órgão do Ministério Público Federal alega que a MM. Juíza entendeu que o período da quebra do sigilo bancário compreendia “largos intervalos de tempo, o que resultaria numa devassa e desproporcional invasão à intimidade dos investigados”; que referido argumento da Juíza é insustentável, vez que não tem a autoridade policial o conhecimento da data exata em que ocorreram as propinas; ademais, caberia ao Magistrado restringir a quebra do sigilo ao período que entendesse cabível, e não simplesmente trancar a investigação, pois foram exauridas todas as outras fontes de investigações. No mérito, pugna pela autorização da quebra de sigilo bancário nos termos solicitados, para que haja a pronta revelação dos autores do crime e a imediata sujeição ao processo criminal.

Por primeiro, importa observar que instado o Ministério Público Federal a se pronunciar, em seu douto Parecer, assim se houve, suscitando preliminarmente que o recurso interposto fosse recebido como pedido de correição parcial e não como apelação. No mérito, opina pelo provimento do recurso ou pela procedência da correição parcial, a fim de ser promovida a quebra do sigilo bancário, nos termos e limites propostos.

No voto de minha lavra, fls.65/68, entendi, inicialmente, que a hipótese não era de apelação, nem correição parcial, mas sim de mandado de segurança em matéria penal, tendo sido os autos encaminhados ao Pleno desta Corte, onde ficou decidido, à unanimidade, o retorno dos autos à Turma de origem para julgamento do presente recurso como apelação.

De fato, acostei-me ao entendimento do Exmo. Des. Relator, quando do julgamento pelo Pleno do mandado de segurança penal, ao determinar o encaminhamento dos autos a esta Turma para julgamento do recurso ora interposto.

Cuidando a hipótese de inquérito policial não originário e cuja competência é de Juiz Federal de 1º grau, onde seapura, em tese,

a ocorrência de crime de desvios de recursos públicos federais e cuja decisão interlocutória recorrida, por sua natureza, pôs termo a uma etapa do procedimento, tem força definitiva para fins de apelação - artigo 593, II, do CPPB.

Passo à análise do mérito.

No que pertine à matéria dos autos, em relação ao sigilo bancário, o artigo 192 da Constituição Federal estabelece que o sistema financeiro nacional será regulado em lei complementar, segundo alguns preceitos previstos nos sete incisos e três parágrafos do citado artigo. Em virtude da ausência desta norma reguladora, a Lei 4.595/64, que instituiu referido sistema, sob a égide da Constituição de 1946, foi recepcionada pela vigente Constituição, passando a vigorar com força de lei complementar, só podendo, portanto, ser alterada por preceito de igual natureza. E, em seu art. 38, §§ 1º a 5º, permite a violação do sigilo bancário por decisão judicial. Desta forma, é permitida a quebra do sigilo bancário com base no art. 38 da citada Lei nº 4.595/64. Confira-se o que estabelece referido dispositivo legal, *verbis*:

“Lei nº 4.595/64 - Art. 38. As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados.

§ 1º As informações e esclarecimentos ordenados pelo Poder Judiciário, prestados pelo Banco Central da República do Brasil ou pelas instituições financeiras, e a exibição de livros e documentos em juízo, se revestirão sempre do mesmo caráter sigiloso, só podendo a eles ter acesso as partes legítimas na causa, que deles não poderão servir-se para fins estranhos à mesma”.

Dispondo sobre o sigilo das operações de Instituições Financeiras, a Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, no seu artigo 1º, § 4º, expressamente autoriza a quebra do sigilo bancário, quando necessária para apuração de ocorrência de qualquer ilícito, em qualquer fase do inquérito ou do processo judicial, e especialmente nos crimes de terrorismo; tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins; de contrabando ou tráfico de armas, munições ou material destinado a sua produção; de extor-

são mediante seqüestro; contra o Sistema Financeiro Nacional; contra a Administração Pública; contra a Ordem Tributária e a Previdência Social; lavagem de dinheiro ou ocultação de bens, direitos e valores e crimes praticados por organizações criminosas.

Por outro lado, um dos requisitos para a quebra do sigilo bancário é a indispensabilidade dos dados constantes em determinada instituição financeira. Assim, a quebra do sigilo bancário só deve ser decretada, e sempre em caráter de absoluta excepcionalidade, quando existentes fundados elementos de suspeita que se apoiem em indícios idôneos, reveladores de possível autoria de prática delituosa por parte daquele que sofre a investigação. Veja-se, ainda, que os incisos X e XI do artigo 5º da Constituição Federal, como todas as demais liberdades públicas, não são absolutos, podendo, em virtude do critério da proporcionalidade, ser atenuados. Ademais, não se fere a Constituição Federal ao se decretar a quebra do sigilo, mormente quando se tem o interesse público sobressaindo-se ao particular, hipótese, inclusive, dos presentes autos, pois, *in casu*, os crimes, em tese, apurados envolvem o patrimônio e a própria Administração Pública.

O colendo Superior Tribunal de Justiça, em decidindo sobre quebra de sigilo bancário, assim se posicionou, *in verbis*:

“... É certo que a proteção ao sigilo bancário constitui espécie do direito à intimidade consagrado no art. 5º, X, da Constituição, direito esse que revela uma das garantias do indivíduo contra o arbítrio do Estado. Todavia, não consubstancia ele direito absoluto, cedendo passo quando presentes circunstâncias que denotem a existência de um interesse público superior. Sua relatividade, no entanto, deve guardar contornos na própria lei, sob pena de se abrir caminho para o descumprimento da garantia à intimidade constitucionalmente assegurada”.
(STJ-AgReg no IPL 187-DF Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira).

“EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. PENAL. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO. INQUÉRITO POLICIAL. INVESTIGAÇÃO DE CRIME DE CORRUPÇÃO

ATIVA.

I - Instaurado inquérito policial visando a apurar suposta prática do crime de corrupção ativa, a origem do dinheiro utilizado deve ser apurada.

II - A quebra de sigilo bancário não implica dar publicidade aos dados dos titulares da conta, servindo, apenas, para as autoridades interessadas verificarem a ocorrência ou não de crime.

III - Inexistência de direito subjetivo de não ser investigado, constituindo dever das autoridades responsáveis a apuração de suposto crime, sob pena de responsabilidade”.

(TRF-1ª Região, 2ª Turma, MS 0100004132/97-DF, Rel. Juiz Cândido Ribeiro).

Os sigilos bancário e fiscal são relativos e apresentam limites, podendo ser devassados pela Justiça Penal e Civil. Na presente hipótese, a finalidade da quebra do sigilo bancário é promover o rastreamento das contas bancárias de empresas investigadas nos autos de inquérito policial instaurado para apurar possível desvio de recurso federal de convênios firmados entre a Fundação Nacional de Saúde-FNS e a Prefeitura Municipal de Maracanaú-CE. *Prima facie*, vislumbro a existência de um interesse público, vez que se apura o manejo de dinheiro público por agentes públicos e entes privados. Nesse sentido entendo que se deve estabelecer uma transparência das atividades dos órgãos e agentes públicos, isto é, o Estado, observadas condições razoáveis determinadas por lei, deve adotar e implementar uma política de plena transparência em relação a todas as suas transações que envolvam o interesse público.

Observe-se, ainda, que inobstante o acima exposto, o pedido da autoridade policial, ratificado pelo *Parquet* Federal, no tocante à quebra do sigilo bancário das empresas em apuração nos autos do inquérito policial, há de ter procedência, pois o inquérito policial é todo procedimento policial destinado a reunir os elementos necessários à apuração da prática de uma infração penal e de sua autoria. Trata-se de uma instrução provisória, preparatória, informativa, na qual se colhem elementos por vezes difíceis de obter na instrução judiciária. O destinatário imediato é o Ministério Públi-

co Federal, nos casos de crime que se apura mediante ação penal pública, que com ele forma sua *opinio delicti* para a propositura da denúncia. O destinatário mediato do inquérito policial é o Juiz, que nele também pode encontrar fundamentos para julgar. Outra questão central é que as atribuições concedidas à polícia no inquérito policial são de caráter discricionário, isto é, têm a faculdade de operar ou deixar de operar, dentro, porém, de um campo cujos limites são fixados estritamente pelo direito, porém não se trata de atividade arbitrária, estando, inclusive, submetida ao controle jurisdicional posterior, através dos remédios específicos.

Com relação ao pedido de quebra do sigilo bancário deduzido no requerimento da autoridade policial, registro que tenho caminhado no sentido de entender pela necessidade de deferir-se tal medida quando cuidar a hipótese de crimes de lavagem de dinheiro, contra o sistema econômico-financeiro, ou mesmo contra o patrimônio público com conseqüente enriquecimento ilícito da parte do agente, mas desde que tal diligência se apresente imprescindível para a apuração dos fatos denunciados, situação que identifico no caso em exame, daí porque voto no sentido de deferir tal pedido.

Nessa ordem de consideração, por entender a conveniência de que as investigações requeridas pela DD. autoridade policial e ratificadas pelo *Parquet* Federal são necessárias ao exaurimento da persecução criminal em torno dos crimes ocorridos, os quais, inclusive, além de envolverem o patrimônio público, precedem a instauração da própria ação penal, a quebra de sigilo bancário, ora requerida, apresenta-se incensurável, no quanto de ser uma diligência que se compatibiliza com a norma inscrita no art. 5º, X e XII, da CF/88, e expressa na Lei Complementar nº 105, de 10/01/2001, impondo-se, de logo, a reforma da decisão recorrida, com a autorização da quebra do sigilo bancário nos termos e limites requeridos pela autoridade policial, em face de estar amparada em indícios de autoria de crimes, em tese, de corrupção ativa e passiva e de desvio de recursos públicos federais.

Despiciendo afirmar-se a necessidade da manutenção do sigilo em relação às pessoas estranhas à causa e que a utilização dos dados obtidos somente seja para a investigação que lhe deu

causa, afastando-se a possibilidade de serem utilizados os dados obtidos através da quebra do sigilo bancário que poderiam ser úteis à fiscalização tributária e/ou autoridade fiscal, por exemplo. (Nesse sentido decidiu o STF no INQ. nº 923-DF, Rel. Min. Moreira Alves).

Ex positis, dou provimento ao recurso interposto pelo órgão do Ministério Público Federal para autorizar a quebra do sigilo bancário, nos termos e limites requeridos pela DD. autoridade policial às fls. 02/04, nos autos do Inquérito Policial nº 903/95 (96.0002235-6), em curso perante o Juízo Federal da 11ª Vara-Ceará.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 2.602-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ÉLIO SIQUEIRA (CONVOCADO)
Apelantes: JUSTIÇA PÚBLICA, DILMAR JOSÉ DE FREITAS E EDSON SOARES DA SILVA (RÉUS PRESOS)
Apelados: OS MESMOS, JOSENALDO BEZERRA DA SILVA E MOISÉS GOMES DA SILVA (RÉU PRESO)
Advogados: DRS. NORMAN SAINT JOHN FELLOWS E AMARINO ZACARIAS BATISTA (APTES.) E ETIENE NIETE DE CASTRO E FÁTIMA MARIA DA SILVA (APDOS.)

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO (ART. 157, § 2º, CP) PRATICADO EM DETRIMENTO DA CEF. CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL. NECESSIDADE DE CONFORMAÇÃO COM AS OUTRAS PROVAS. CRIME DE QUADRILHA OU BANDO (ART. 288 DO CP). DESCARACTERIZAÇÃO. EXTENSÃO DA QUALIFICADORA DO ART. 157, § 2º, I, DO CP AOS DE-MAIS AGENTES.

- O valor relativo da confissão obtida pela autoridade policial impõe, necessariamente, a realização de um confronto com as outras provas acostadas ao processo. Conformidade entre os fatos apurados e os dispositivos legais de regência,

não sendo cabível alegar adstrição à confissão extrajudicial ou fragilidade dos elementos de convicção utilizados pelo Magistrado na elaboração da decisão.

- A condenação em matéria penal, por importar a restrição do status libertatis, não pode estar fulcrada em conjecturas. Aplicação do princípio in dubio pro reo.

- O improvimento do pedido de inclusão do referido réu entre os condenados acarreta a descaracterização do crime de quadrilha ou bando, que exige a associação de mais de três agentes para a perpetração do crime (art. 288 do CP).

- A utilização de arma por um ou por alguns dos agentes, com o conhecimento dos demais e com o escopo específico de assegurar a realização da ameaça, garantindo, assim, o sucesso do ato delitivo, perpetrado mediante repartição de funções, estende-se, ex vi legis, a todos os seus autores.

- Apelação dos réus improvida. Apelação do Ministério Público provida em parte.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em que são partes as acima identificadas, decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, negar provimento às apelações dos réus e, por unanimidade, dar parcial provimento à apelação do Ministério Público, nos termos do relatório, voto do Desembargador Relator e notas taquigráficas constantes nos autos, que passam a integrar o presente julgado.

Custas, como de lei.

Recife, 21 de agosto de 2003 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL ÉLIO SIQUEIRA – Relator
Convocado

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO:

Manejam-se recursos de apelação em face da r. sentença proferida pelo MM. Juiz Federal da 9ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco, nos autos da Ação Criminal nº 93.2369-1.

O eminente Julgador *a quo* destacou, em princípio, a suposta participação de cada um dos denunciados na perpetração do roubo à agência da Caixa Econômica Federal situada na Rua do Hospício nº 923, Boa Vista/PE. Por não encontrar nos autos elementos ou indícios suficientes a justificar o decreto condenatório, absolveu os réus Moisés Gomes da Silva, Arnaldo José da Silva, Givanildo Oliveira da Silva e Josinaldo Matias da Silva, com âncora no art. 386, VI, do CPP.

No que concerne aos réus Dilmar Silva de Freitas, Josenaldo Bezerra da Silva e Edson Soares da Silva, condenou os dois primeiros às penas do art. 157, § 2º, II, em combinação com o art. 65, I, e 49, todos do CP, e o último às penas do art. 157, § 2º, I e II, do CP, fixando-lhes as penas de, para os dois primeiros, 4 (quatro) anos de reclusão e 150 dias-multa, correspondendo cada dia a um trigésimo do salário mínimo, e, para o último, 09 (nove) anos de reclusão e 200 dias-multa, correspondendo cada dia, de igual forma, a um trigésimo do salário mínimo.

Descaracterizou a consumação do delito de quadrilha ou bando, sob o fundamento de que a materialidade e a autoria só se configuraram em relação a 03 (três) acusados, não perfectibilizando o disposto no art. 288 do Código Penal. Estabeleceu o regime fechado como o inicial de cumprimento da pena.

Interpuseram recursos de apelação o Ministério Público Federal (fls. 298/302), Dilmar Silva Freitas (fls. 311/313) e Edson Soares da Silva (fls. 336/342).

Insurge-se o *Parquet* Federal contra a absolvição de Moisés Gomes da Silva, aduzindo que a confissão à autoridade policial de sua participação no roubo à agência Treze de Maio da Caixa Econômica Federal atrela-se aos depoimentos prestados por Dilmar Silva de Freitas (fls. 16/18) e Josenaldo Bezerra da Silva (fls. 24/26),

apontando-o como um dos integrantes da quadrilha que praticou o crime acima enunciado. Pugna o apelante, outrossim, pela aplicação da qualificadora estampada no art. 157, § 2º, I, do CP, asseverando que o emprego de arma por um dos agentes implica o aumento da pena para todos os que do crime participaram. Sustenta, por derradeiro, que a condenação de Moisés Gomes da Silva conduzirá à configuração do crime de quadrilha ou bando, previsto no art. 288 do CP, para todos os condenados.

Apresentaram, Edson Soares da Silva (fls. 333/335) e Joseinaldo Bezerra da Silva (fls. 354), contra-razões ao recurso desafiado pela acusação, asseverando, em linhas gerais, que o apelo encontra-se destituído de fundamentação jurídica, pelo que se impõe o seu improvimento.

As apelações intentadas por Dilmar Silva Freitas e Edson Soares da Silva ostentam similitudes na fundamentação, afirmando os apelantes que a r. sentença amparou-se em elementos frágeis e inábeis a justificar a condenação dos mesmos, propugnando pela reforma do *decisum*, com o conseqüente decreto absolutório.

Às contra-razões, o Ministério Público Federal (fls. 361/366) afirmou que o MM. Juiz de primeiro grau apreciou bem a prova da materialidade e autoria do delito imputado aos recorrentes, tendo aduzido que a alegação dos apelantes no sentido de que a polícia utiliza meios abusivos para obter a confissão de crimes não pode ser levada em consideração para desconstituir as provas carreadas aos autos. Requesta, alfim, o improvimento dos referidos recursos.

Instada a ofertar parecer, a Procuradoria Regional da República opinou pelo provimento da apelação da acusação e pelo improvimento das apelações dos Réus, ressaltando que a confissão perante a autoridade policial, em conjunto com os demais elementos de convicção, apresenta-se como prova válida e idônea para fundamentar a sentença condenatória no que tange ao réu Moisés Gomes da Silva. Salienta, ainda, que a causa de aumento pelo uso de arma, no crime de roubo, é extensiva a todos os co-autores e partícipes.

Os autos foram a mim redistribuídos, em razão da aposentadoria do Desembargador Relator.

É o relatório. Ao eminente Desembargador Revisor.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ÉLIO SIQUEIRA
(Relator Convocado):

Opto por analisar, preambularmente, os apelos articulados por Dilmar José de Freitas e Edson Soares da Silva.

O cerne da inconformidade dos apelantes consiste na alegada fragilidade dos elementos que levaram à constatação de suas participações no episódio criminoso concernente ao roubo ocorrido em 8 de abril de 1992 na agência 13 de Maio da Caixa Econômica Federal, situada na Rua do Hospício, nº 923, Boa Vista, Recife/PE.

Observo, contudo, através de exame às provas coligidas ao processado, que não merece qualquer glosa a parte da r. sentença atinente à apuração da participação dos apelantes na perpetração da ação delituosa. Explicito.

A confissão extrajudicial tem, assim como todas as provas no âmbito penal, um valor relativo. A valoração da prova é, por força de lei, incumbência do julgador, a ser exercitada no momento de formação do seu convencimento. O valor relativo da confissão obtida pela autoridade policial impõe, necessariamente, a realização de um confronto com as outras provas acostadas ao processo. Esse foi, efetivamente, o expediente utilizado pelo preclaro Juiz *a quo*.

Conforme Auto de Qualificação e Interrogatório de fls. 16/18, o primeiro apelante, Dilmar Silva de Freitas, confessou a participação no assalto contra a agência 13 de Maio da Caixa Econômica, ocorrido em 8 de abril de 1992. O segundo apelante, Edson Soares da Silva, ressaltou a obtenção da confissão extrajudicial através de procedimentos ilícitos, mas, além de não fazer prova das afirmações, verifica-se que o mesmo não confessou a prática do crime à Polícia Federal. Asseverou, ao contrário, que *“não participou deste assalto e nem sabe quem foi que praticou”* (fls. 43).

Às fls. 50, consoante o Auto de Reconhecimento de Pessoa, o segundo apelante foi reconhecido por todas as testemunhas como

sendo um dos participantes da quadrilha que assaltou a retrocitada agência bancária. Uma das testemunhas afirmou, na oportunidade, que “*DINHO PATO’ ficou bem próximo de sua pessoa e estava bastante nervoso*”, ressaltando, outra testemunha, que “*ficou muito nervosa e entrou em pânico, havendo corrido pelo interior da Agência, sendo segurada por ‘DINHO PATO’ que correu atrás dela, VERA, tentando acalmá-la*”. O reconhecimento foi reiterado nos depoimentos prestados às fls. 70, 71 e 84.

Os decretos condenatórios proferidos em relação a Dilmar José de Freitas e Edson Soares da Silva, apelantes, e Josenaldo Matias da Silva emanaram da conformidade entre os fatos apurados e os dispositivos legais de regência, não sendo cabível alegar adstrição à confissão extrajudicial ou fragilidade dos elementos de convicção utilizados pelo Magistrado na elaboração da decisão.

Em virtude do exposto, nego provimento às apelações interpostas por Dilmar José de Freitas e Edson Soares da Silva.

Passo a descortinar as razões de apelo ofertadas pelo Ministério Público Federal.

A análise da possibilidade de reforma da absolvição do réu Moisés Gomes da Silva cumpre realizar-se em concomitância com a alegada possibilidade de caracterização do crime de quadrilha ou bando, capitulado no art. 288 do Código Penal.

O preclaro Juiz de primeiro grau, por entender inexistirem nos autos elementos ou indícios suficientes a justificar a condenação do réu em questão, absolveu-o da acusação imbuída na peça acusatória, atinente à prática dos crimes de roubo qualificado e quadrilha ou bando, previstos, respectivamente, nos arts. 157, § 2º, I, e 288, todos do Código Penal.

Irretocável o *decisum*, no particular. De todas as provas colhidas, a única que aponta o réu Moisés Gomes da Silva como coautor do delito em apreço consiste, precisamente, na confissão avultada das declarações que prestou à Polícia Federal, conforme Auto de Qualificação e Interrogatório de fls. 39. A confissão extrajudicial possui, consoante já destacado supra, um valor relativo, devendo guardar conformidade com as outras evidências constata- das nos autos.

No caso em tela, o réu Moisés Gomes da Silva chegou a ser submetido a ato de Reconhecimento de Pessoa, realizado pelas mesmas testemunhas que identificaram Edson Soares da Silva, encontrando-se, às fls. 50, que, *“em relação a MOISÉS GOMES DA SILVA, vulgo “MÓ”, não foi reconhecido por nenhum dos reconhecedores retrocitados”*.

Não há, em todo o processado, qualquer outro indício da participação do réu Moisés Gomes da Silva no roubo à Caixa Econômica, além das confissões extrajudiciais prestadas por, respectivamente, Dilmar Silva de Freitas (fls. 16/18), Josenaldo Bezerra da Silva (fls. 18/19) e Moisés Gomes da Silva (fls. 39). O réu, assim como os demais acusados, não confirmou as declarações quando interrogado em Juízo (fls. 118).

Entrevê-se, pela narrativa acima, que a confissão, não guardando conformidade com qualquer dos elementos probatórios, cumpre ser considerada com reservas. A condenação em matéria penal, por importar a restrição do *status libertatis*, não pode estar fulcrada em conjecturas. Deve-se notar, outrossim, que, segundo um dos princípios norteadores do Direito Penal, o julgador, na dúvida, deve decidir em favor do réu – *in dubio pro reo*.

O improvimento do pedido de inclusão do referido réu entre os condenados acarreta a descaracterização do crime de quadrilha ou bando, que exige a associação de mais de três agentes para a perpetração do crime. À luz do art. 288 do CP:

“Art. 288. Associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes:
Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos.
Parágrafo único. A pena aplica-se em dobro, se a quadrilha ou bando é armado.”

Insta asseverar que os depoimentos das testemunhas divergem acerca do número de agentes que praticaram o roubo. Apenas uma testemunha, Romildo Gomes da Silva, afirma, em depoimento prestado à Polícia Federal, que, *“no dia 08.04.92, por volta das 13:20 horas, o depoente se encontrava na Agência, próximo à porta de entrada, quando foi surpreendido com a entrada abrupta de 4 elementos que anunciaram um assalto (...)”*. Às fls. 70, outra testemunha entoa, diversamente, que, *“por volta das 13:30 horas,*

momento em que conversava com outro gerente, foi abordado por um elemento armado de revólver, o qual anunciou que a agência estava sendo assaltada; que, o depoente, tomado de surpresa, então pôde verificar que dentro da agência já se encontravam mais dois elementos praticando o assalto em apoio àquele que estava junto ao depoente".

Nos depoimentos prestados em Juízo, as testemunhas de acusação afirmam, respectivamente, que *"apenas avistou dois assaltantes"* (fls. 147), *"avistou três dos assaltantes"* (fls. 147), *"havendo avistado apenas um dos assaltantes"* (fls. 148) e *"avistou quatro assaltantes"*.

A participação do réu Moisés Gomes da Silva não restou comprovada, ao contrário da dos três apelados condenados. Impossível, mercê da dissidência, condenar os apelados às penas do art. 288 do CP, acima trasladado.

No tocante ao pleito de extensão da qualificadora capitulada no art. 157, § 2º, I, do CP, aos condenados Dilmar Silva de Freitas e Josenaldo Bezerra da Silva, encontra-se plausibilidade jurídica na irrisignação ministerial. A prática do delito de roubo a agências bancárias se realiza, decerto, mediante repartição de funções entre as pessoas em concurso. Descabe desigualar a situação dos que agem em comunhão de desígnio, prevendo e querendo a ocorrência do resultado.

No caso sob foco, a utilização de arma por um ou por alguns dos agentes, com o conhecimento dos demais e com o escopo específico de assegurar a realização da ameaça, garantindo, assim, o sucesso do ato delitivo, estende-se, *ex vi legis*, a todos os seus autores. O art. 29 do Código Penal enuncia, *in verbis*:

"Art. 29. Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade".

Concorreram os apelados para a prática do crime de roubo com emprego de arma, em concurso com, cada qual, 2 (duas) pessoas. Exige-se, dessa sorte, que incidam nas penas a estes cominadas, não interessando a quem coube a função de ostentar o instrumento.

Aplico, portanto, a qualificadora aos Réus Dilmar Silva de Freitas e Josenaldo Bezerra da Silva, estabelecendo, para a ocorrência concomitante do disposto nos incisos I e II, do § 2º, do art. 157, do CP, o aumento da pena à metade.

É clássico o contraste de opiniões entre dois renomados penalistas brasileiros no que se refere às intituladas “fases de fixação da pena”. Segundo Nélson Hungria (*In: Comentários ao Código Penal*, v. 5, Rio de Janeiro: Forense, 1977, pp. 476-477), o cálculo da pena se subdivide em três fases: em princípio, o julgador considerará as circunstâncias judiciais do art. 59, *caput*, do CP; numa segunda etapa, analisará a presença das circunstâncias legais genéricas agravantes e atenuantes, estabelecidas nos arts. 61, 62, 65 e 66 do Estatuto Criminal; ao final, aplicará as causas de aumento e diminuição da pena.

Roberto Lyra (*In: Comentários ao Código Penal*, v. 2, Rio de Janeiro: Forense, 1960, pp. 188-189), por seu turno, discorda da cisão do cálculo da pena em fases ou etapas. Para esse doutrinador, o juiz fará uma análise conjunta das circunstâncias judiciais e das atenuantes e agravantes genéricas, com que obterá um domínio do conjunto da realidade. Em havendo, após, causas de aumento e diminuição, serão estas aplicadas sobre a pena já fixada.

Malgrado os entendimentos dissonantes, o Código Penal adotou a teoria de Nélson Hungria, estabelecendo o método trifásico de cálculo da pena, tudo com o escopo, segundo noticia a Exposição de Motivos, de “*assegurar a individualização da pena sob critérios mais abrangentes e precisos. Transcende-se, assim, o sentido individualizador do Código vigente, restrito à fixação da quantidade da pena, dentro de limites estabelecidos, para oferecer ao arbitrium iudicis variada gama de opções, que em determinadas circunstâncias pode envolver o tipo da sanção a ser aplicada*”.

Observada a especificidade, cumpre trazer à baila o disposto no artigo 68 do Estatuto Criminal, *in verbis*:

“Art. 68. A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento.”

As penas-base foram fixadas no mínimo previsto no art. 157 do CP, qual seja, 4 (quatro) anos de reclusão. Incide, na fase subsequente, a circunstância atenuante capitulada no art. 65, I, do CP. As atenuantes, conforme entendimento pacífico do colendo Superior Tribunal de Justiça, nunca podem levar a pena privativa de liberdade para nível aquém do mínimo legal, que é, até aí, a reprovação mínima estabelecida no tipo. A Súmula nº 231, nesse passo, averba: “a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”.

A pena, portanto, não obstante a incidência da atenuante, permanece fixada em 4 (quatro) anos de reclusão. Aplica-se sobre ela, na terceira fase do cálculo, a causa de aumento do art. 157, § 2º, I e II, do CP, acima estabelecida em metade (1/2), tornando definitiva, para os réus, a pena de 6 (seis) anos de reclusão. A pena de multa aplicada e o regime de cumprimento da pena fogem ao conteúdo da matéria devolvida ao conhecimento deste Tribunal.

Tecidas essas considerações, nego provimento às apelações de Dilmar José de Freitas e Edson Soares da Silva, e dou parcial provimento à apelação do Ministério Público, para o fito específico de estender aos demais condenados a qualificadora prevista no art. 157, § 2º, I, do CP.

É como voto.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 2.807-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA
Apelantes: CLÁUDIA SALDANHA BRASIL E JUSTIÇA PÚBLICA
Apelados: OS MESMOS
Advogada: DRA. MARCONIA BRUCE BARROS

EMENTA: PENAL. ENTORPECENTES. TRÁFICO INTERNACIONAL. COAÇÃO IRRESISTÍVEL. INOCORRÊNCIA. BENS CONFISCADOS. DESTINO. UNIÃO.

- A previsão constitucional do confisco dos bens

(CF, art. 243, parágrafo único) foi realizada por meio de norma de eficácia limitada, daí porque o advento da Lei nº 9.804/99, que tratou de regulamentá-la, é compatível com o sistema.

- A Lei nº 9.804/99 estabeleceu traços de uma política nacional antidrogas. Ao tratar dos bens utilizados para o cometimento do tráfico ilícito de entorpecentes, regulamentando o art. 243 da CF, previu o confisco em favor da União (da Secretaria Nacional Antidrogas - SENAD), ente que deve gerir os recursos respectivos, ainda que, mediatamente, possam eles ser repassados às instituições encarregadas do tratamento de dependentes.

- Se a lei escolheu o modus operandi do confisco, e se não é inconstitucional a previsão legislativa referida, é interdito ao Judiciário dar ao tema tratamento diferenciado.

- É de ser afastada a alegação de coação irresistível se a conduta do agente criminoso (amparada nas primeiras versões que deu) nem de longe demonstra de sua parte qualquer temor, qualquer ameaça concreta de que pudesse estar sendo vítima.

- Apelação da ré improvida. Apelação do Ministério Público Federal provida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em que figuram como partes as acima indicadas, decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, dar provimento à apelação do *Parquet* Federal e negar provimento à apelação da ré, nos termos do voto do Relator e das notas taquigráficas, que passam a integrar o presente julgado.

Recife, 3 de junho de 2003 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA:

Trata-se de apelação criminal interposta contra a sentença de fls. 71/78, da lavra do MM. Juiz Federal no exercício da 13ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco, Dr. Frederico José Pinto de Azevedo, que, julgando procedente a denúncia oferecida contra Cláudia Saldanha Brasil, restou por condená-la pela prática do tipo penal de tráfico de entorpecentes, previsto no art. 12, *caput*, com a causa de aumento de pena prevista no art. 18, I, da Lei nº 6.368/76, imputando-lhe pena de 04 (quatro) anos de reclusão e multa de 60 dias-multa.

Apelou a ré, nos termos do art. 600, § 4º, do CPP, pugnando pelo oferecimento *posteriori* das razões, fls. 80.

Inconformado com a decisão *a quo*, recorre também o *Parquet* Federal, fls. 95/98, pugnando pela reforma da sentença, para que seja aplicado o art. 34 da Lei nº 6.368/76, com a redação da Lei nº 9.804, de 30 de junho de 1999, para o fim de decretar o confisco, em favor da União, de todos os bens apreendidos em razão da prisão em flagrante da ré e que eram usados para o tráfico ilícito de entorpecentes, e não em prol da entidade mencionada na sentença.

Nas contra-razões, a sentenciada pede a reforma à sentença, para que seja aplicado o art. 47 do CPB, além da liberação dos valores descritos e contidos nos autos.

Instada a ré para oferecer razões recursais, esta permaneceu *in albis*. Nomeado defensor dativo em seu favor, este sustentou a existência de coação irresistível, em face da ameaça de morte sofrida pela apelante e seus filhos, caso a droga não fosse transportada, conforme interrogatório (fls. 138/139).

A douta Procuradoria Regional da República apresentou contra-razões (fls. 144/150).

Nesta Corte, após distribuídos, vieram-me os autos conclusos.

É o relatório.

Sigam estes autos, nos termos regimentais, ao Exmo. Sr. Desembargador Federal Revisor.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA (Relator):

Analiso primeiramente o recurso da ré, dada a evidente prejudicialidade deste em relação à irresignação do *Parquet*.

A alegação principal do recurso é a de que a ação criminosa somente teria acontecido porque a demandada estaria sob intensa coação. Leia-se: estaria ela amparada por uma excludente de culpabilidade, que é a coação irresistível, descrita em seu interrogatório com a alusão à existência de um homem que, armado, findara a ameaçando, dizendo que ela teria duas saídas: “morrer ou continuar viva levando a droga para o exterior”.

O cenário em que a apelante foi presa, entretanto, afasta qualquer sombra de dúvida sobre a inexistência de coação irresistível.

Detida em flagrante e, após, ouvida perante a autoridade policial, de quem nada reclamou, a ré descreveu todo o *iter criminis*, sem fazer referência, mínima que fosse, a qualquer ameaça sobre sua pessoa ou família. Referiu-se, sem precisão, aos parceiros do crime. Disse de todo o *modus operandi* da ação criminosa, mas sempre sem aludir à ameaça que, na sua fala, só apareceu em juízo. Noutras palavras: as declarações que fez perante o DPF não podem ser aniquiladas por uma única – e singela – declaração, dissociada de todo o contexto probatório.

Não se ignora o perigo de quem vive a marginalidade do mundo das drogas, sob os auspícios de uma hierarquia perigosa e cruel. Não se desconhece a natural vocação do *meio* para a violência, graças à têmpera de seus comandantes.

A prevalecer, porém, a tese de que os peixes *miúdos* não devem ser sancionados (como quando se acha que eles estariam sob o temor das represálias dos traficantes de maior estirpe), enorme brecha estaria aberta para o crime. Afinal, todas as pessoas que com ele se envolvem (refiro-me ao crime), aí incluídos os *pequenos*, de uma forma ou de outra concorrem para a animosidade

natural das organizações respectivas. E não se há, em Direito, como beneficiar quem argúi, em favor próprio, a própria torpeza.

Demais disso, como bem ressaltou a testemunha de acusação Jefferson Felix de Melo, fls. 67:

“Mesmo se admitíssemos que em determinado momento foi vítima de ameaça, contestaríamos no sentido de que entre a data da ameaça e a prática do crime teve tempo suficiente para se socorrer do poder público e evitar a consumação do delito; acrescente-se que admitiu a acusada que foi paga para efetuar o transporte de droga, o que de maneira alguma combina com a alegada supressão de liberdade de agir”.

Assim, no fim de contas, é de ser afastada a alegação de coação irresistível se a conduta do agente criminoso (amparada nas suas primeiras versões dadas) nem de longe demonstra de sua parte qualquer temor, qualquer ameaça concreta de que pudesse estar sendo vítima.

O recurso manejado pelo Ministério Público Federal, ao seu turno, refere-se à dúvida quanto a quem seria o destinatário do produto dos bens confiscados em razão de condenação por tráfico ilícito de entorpecentes. Segundo o apelante, seria a União, enquanto o Magistrado determinou a reversão daqueles em favor de instituição especializada no tratamento e recuperação de viciados.

Fê-lo, o Magistrado de primeiro grau, fundamentando sua decisão no parágrafo único do art. 243 da Constituição Federal, o qual dispõe:

“Parágrafo único. Todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins será confiscado e reverterá em benefício de instituição e pessoal especializado no tratamento e recuperação de viciados e no aparelhamento e custeio de atividades de fiscalização, controle, prevenção e repressão do crime de tráfico dessas substâncias”.

Já o Ministério Público Federal fulcra suas razões recursais

no art. 34 da Lei nº 6.368/76, com a redação que foi dada pela Lei nº 9.804, de 30 de junho de 1999, agora destinando à União o produto dos bens confiscados.

De fato, a Lei nº 9.804/99 estabeleceu traços de uma política nacional antidrogas. Como, aliás, deve mesmo ser, uma vez que a repressão pulverizada e caótica (= não organizada) tem se mostrado ineficiente.

Ao tratar dos bens utilizados para o cometimento do tráfico ilícito de entorpecentes, regulamentando o art. 243 da CF, a lei destacada previu o confisco em favor da União (*rectius*: da Secretaria Nacional Antidrogas - SENAD), ente que deve gerir os recursos respectivos, ainda que, mediatamente, possam eles ser repassados às instituições encarregadas do tratamento de dependentes (e não diretamente, como supôs ser possível o juízo *a quo*).

Se a lei escolheu o *modus operandi* do confisco, e se não é inconstitucional a previsão legislativa referida, é interdito ao Judiciário dar ao tema tratamento diferenciado, razão pela qual impõe-se reformar a sentença atacada, para que passe a constar a União como beneficiária do produto dos bens confiscados em razão de condenação por tráfico ilícito de entorpecentes.

Ante o exposto, nego provimento à apelação de Cláudia Saldanha Brasil e dou provimento à apelação do *Parquet* Federal.

É como voto.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 2.985-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO
Apelante: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Apelado: CARLOS FREDERICO DE CARVALHO KLAUS
Advogados: DRS. ADEMAR RIGUEIRA NETO E OUTROS
(APDO.)

EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. DISPOSIÇÃO DE COISA ALHEIA COMO PRÓPRIA (ART. 171, § 2º, I, E § 3º DO CP). OFERECIMENTO DE IMÓVEL DE TERCEIROS EM GARANTIA

HIPOTECÁRIA, CONSTITUÍDA EM FAVOR DA CEF. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME DE OBTENÇÃO DE FINANCIAMENTO MEDIANTE FRAUDE (ART. 19, CAPUT E PARÁGRAFO ÚNICO DA LEI 7.492/86). POSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DO ART. 383 DO CPP. ERRO DE TIPO. CARACTERIZAÇÃO. EQUÍVOCO DO ACUSADO AO LISTAR OS IMÓVEIS COMPONENTES DA GARANTIA. DOLO NÃO COMPROVADO. ABSOLVIÇÃO MANTIDA.

- Acusado que deu em garantia (hipoteca de segundo grau) imóvel que não lhe pertencia, a despeito de dispor de poderes para constituir, tão-somente, a primeira especial hipoteca do dito apartamento. Conduta que, pelo princípio da especialidade, ajusta-se ao disposto no art. 19, caput e parágrafo único da Lei nº 7.492/86, cujo bem jurídico tutelado é a integridade do Sistema Financeiro Nacional, dado que a constituição da hipoteca constituiria, em tese, o meio fraudulento empregado para a obtenção do (re) financiamento.

- Ausência de um dos elementos integrativos do delito – “mediante fraude” –, na medida em que o agente, ora recorrido, não percebeu que, dentre os imóveis oferecidos em garantia real, estava um apartamento pertencente a terceiros, inexistindo motivação de vontade dirigida à realização de fraude.

- O simples instrumento de renegociação de financiamento, cujo conteúdo é prévia e unilateralmente estabelecido pela financeira, não se qualifica como meio fraudulento, ainda que um dos imóveis componentes da garantia hipotecária complementar seja imprestável para tanto. Fraude teria ocorrido se o recorrido tivesse, de algum modo, forjado uma certidão negativa de ônus reais referente ao tal imóvel, ou mesmo falsificasse uma procuração com poderes para

***constituir a hipoteca de segundo grau.
- Recurso improvido.***

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, negar provimento ao recurso de apelação, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas anexos, que passam a integrar o presente julgado.

Recife, 14 de agosto de 2003 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO -
Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO:

Investe o ilustre membro do *Parquet* contra sentença da lavra do MM. Juízo da 4ª Vara Criminal da Seção Judiciária de Pernambuco (fls. 242-245) que, por insuficiência de provas, absolveu Carlos Frederico de Carvalho Klaus da prática do delito tipificado no art. 171, § 2º, I, e § 3º do Código Penal.

Sustenta que o acervo probatório carreado aos autos leva à inevitável conclusão de que o recorrido, voluntariamente, obteve, mediante fraude, refinanciamento junto à Caixa Econômica Federal, viabilizando a conclusão de conjunto habitacional, apresentando como garantia real da dívida um imóvel pertencente às senhoras Maria do Carmo Montenegro e Maria da Penha Montenegro, conquanto não dispusesse de poderes para tanto.

Pugna, ainda, pela modificação do enquadramento jurídico da conduta do recorrido, que se amoldaria, na verdade, no tipo previsto no *caput* e no parágrafo único do art. 19 da Lei 7.492/86 (obtenção de financiamento mediante fraude), para que, reformando-se a sentença, seja o mesmo condenado às penas do referido preceptivo (cf. fls. 248-261).

Em suas contra-razões, o recorrido reitera os termos das alegações finais, acrescentando que o pleito de redefinição jurídica

do fato narrado na denúncia traduz, em verdade, manobra do MPF para contornar o malogro da tese acusatória, rejeitada em face do não reconhecimento, pelo Juízo *a quo*, do dolo específico inerente ao estelionato, e ante a não demonstração de qualquer prejuízo resultante à CEF – elementares desnecessárias à configuração do delito agora aventado.

Argumenta, ademais, que, embora possível a *emendatio libelli* na segunda instância, tal não afetaria o fundamento da absolvição, eis que a incidência da norma tipificadora do novo delito reclama, igualmente, a comprovação do comportamento fraudulento para a obtenção do financiamento – hipótese esta repelida pela sentença recorrida (fls. 267-287).

Parecer ministerial pelo provimento do recurso (fls. 295-304).

É o relatório.

VOTO - PRELIMINAR

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO (Relator):

Imprescindível se faz um breve esboço histórico alusivo aos eventos desencadeadores da persecução penal, para que se busque, preliminarmente, sua correta definição jurídica, após o que, no mérito, se procederá ao juízo de tipicidade do fato imputado ao recorrido, analisando a ocorrência, ou não, da adequação típica.

Pois bem. Notícia a exordial que o apelado, sócio-gerente da empresa Betonbau Engenharia Ltda., necessitando pactuar o refinanciamento da construção de 400 casas populares no Município de Cupira-PE, constituiu, a título de garantia real em favor do agente financiador (Caixa Econômica Federal), a hipoteca de segundo grau do apartamento nº 2.202 do Edifício Antônia Montenegro - Mairiyara Village.

O dito imóvel, no entanto, não comportaria tal gravame, mercê de pertencer às Sras. Maria do Carmo Montenegro e Maria da Penha Montenegro, que, em 1988, juntamente com outras irmãs, transmitiram à mesma construtora, mediante escritura pública, a fração ideal correspondente a 83,3336% do imóvel de sua propriedade, localizado na Rua Simão Mendes, nº 90, Tamarineira, Recife-PE,

reservando para si a fração ideal remanescente. Em troca, a construtora obrigou-se a construir, às suas expensas, após a demolição da casa existente no local, um edifício de apartamentos residenciais, alguns dos quais (oito) seriam distribuídos às irmãs.

Para viabilizar o financiamento das obras, as mesmas outorgaram à construtora os poderes necessários para constituir, em favor da instituição financeira que operasse com o SFH, a primeira e especial hipoteca da parte ideal (16,6664%), restando a Betonbau e o seu principal fiador, o ora recorrido, solidariamente obrigados a liberar, no prazo de 180 dias, contados da data da obtenção dos “habite-se”, a parte ideal do ônus hipotecário.

Pelo que consta dos autos, o edifício foi, de fato, erguido, e os apartamentos devidamente entregues ao grupo de irmãs. O inadimplemento da construtora teria se verificado, unicamente, no que concerne ao apartamento nº 2.202, cuja hipoteca não foi liberada, em que pese o respectivo “habite-se” ter sido expedido em 09/09/1992.

Tal infração contratual se deveu a circunstâncias envolvendo o empreendimento paralelo da construtora, o citado conjunto habitacional, no Município de Cupira, cujo financiamento foi, subitamente, suspenso pela CEF, ao argumento de que a retração do mercado imobiliário viria a dificultar a comercialização das unidades habitacionais, embora cerca de 92% da obra já estivesse construída.

Somente em 2 de maio de 1995, após uma série de tratativas, a Betonbau e a CEF firmaram a renegociação das condições estabelecidas no contrato de 1991, de modo que as verbas voltaram a ser liberadas, após a apresentação de garantia hipotecária complementar, corporificada em 07 (sete) apartamentos. Dentre eles, o de nº 2.202 do Edifício Mairiyara Village.

Aí está o cerne da discussão: o recorrido deu em garantia (hipoteca de segundo grau) imóvel que não lhe pertencia, a despeito de lhe terem sido outorgados poderes para constituir, tão-somente, a primeira especial hipoteca do dito apartamento.

Não há dúvida de que tal fato constitui, ao menos em tese, uma prática delituosa, restando saber qual: disposição de coisa alheia como própria (art. 171, § 2º, inciso I), com o acréscimo do

parágrafo terceiro do mesmo preceptivo (em vista do suposto prejuízo à CEF) ou obtenção, mediante fraude, de financiamento em instituição financeira (art. 19 da Lei nº 7.492/86), com o acréscimo do parágrafo único, visto que em detrimento de instituição financeira oficial? *Quid iuris?*

Entendo que, pelo princípio da especialidade, o fato imputado ao recorrido realmente se ajusta, como sustenta o MPF, à moldura do art. 19, *caput* e parágrafo único da Lei nº 7.492/86, transcrito, *in verbis*:

“Art. 19. Obter, mediante fraude, financiamento em instituição financeira:
Pena - reclusão de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.
Parágrafo único. A pena é aumentada de 1/3 (um terço) se o crime é cometido em detrimento de instituição financeira oficial ou por ela credenciada para o repasse de financiamento”.

Com efeito. O indevido oferecimento, em garantia, de bem pertencente a terceiros, constitui, a toda evidência, o delito de disposição de coisa alheia como própria. As peculiaridades do caso vertente, no entanto, ensejam a incidência do dispositivo acima reproduzido, extraído de lei específica, cujo bem jurídico tutelado é a integridade do Sistema Financeiro Nacional, dado que a constituição da hipoteca constituiria, em tese, o meio fraudulento empregado para a obtenção do (re) financiamento.

De se registrar, ademais, que da presente desclassificação, operada ao ensejo do que estabelece o art. 383 do CPP, não sobrevém qualquer prejuízo à defesa, eis que a nova capitulação baseia-se rigorosamente no quadro fático esboçado na exordial, afastando, assim, o óbice contido na Súmula nº 453 do Supremo Tribunal Federal, inerente, apenas, à hipótese de *mutatio libelli* (art. 384 do CPP), consoante remansosa jurisprudência daquela própria corte:

“A nova classificação jurídica dada aos fatos relatados de modo expresso na denúncia, inobstante a errônea qualificação penal por ela atribuída aos eventos delituosos, não tem o condão de prejudicar a condução da defesa técnica do réu, desde que pre-

sententes, naquela peça processual, os elementos constitutivos do próprio tipo descrito nos preceitos referidos no ato sentencial. Defende-se o réu do fato delituoso narrado na denúncia, e não da classificação jurídico-penal dela constante. A regra do art. 384 do CPP só teria pertinência e aplicabilidade se a nova qualificação jurídica dada aos fatos descritos na peça acusatória do Ministério Público dependesse, para a sua configuração, de circunstância elementar não contida, explícita ou implicitamente, na denúncia”. (RT 662/364).

Diante do exposto, dou ao fato nova definição jurídica, capitulando-o no delito previsto no citado art. 19, *caput* e parágrafo único, da Lei nº 7.492/86.

É o voto.

VOTO - MÉRITO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO (Relator):

A sentença absolutória repousa, basicamente, em dois fundamentos, a saber: a) ausência de certeza de que o acusado soubesse que, dentre as garantias ofertadas para a formalização do contrato, estivesse um imóvel já alienado; e b) ausência de certeza quanto à sua intenção de auferir vantagem indevida com a dação em garantia.

É o que se depreende dos seguintes excertos da mesma:

“... Em poucas palavras, entendo que, não havendo a utilização de documentos falsos ou de outros meios fraudulentos, pelo que oferece o bem em garantia, na celebração do compromisso, desaparece a figura do estelionato, e, não se cumprindo a avença, resolve-se pelas perdas e danos. Não deve o processo penal ser utilizado por credores impacientes para coagir devedores relapsos ou desidiosos.
(...)”.

*“... No caso ora em análise e julgamento, é certo que um apartamento, pertencente a terceiros, foi dado em garantia para a Caixa Econômica federal, não na construção e venda do edifício em que inserido, mas como garantia de outro contrato celebrado pela empresa de que o acusado era responsável legal, com a mesma CEF, para a construção de casas populares. Chama-me atenção que sobre o mesmo imóvel, apartamento, já existia uma hipoteca registrada, e, destarte, foi por pura falta de atenção por parte do acusado – que alega que não percebera que aquele apartamento havia entrado na aquisição do terreno para a construção do edifício – e, ainda, por falta de cuidado dos servidores da CEF que não analisaram melhor a documentação apresentada. Contudo, **resta claro que o acusado não se utilizou de meio fraudulento, não apresentando, o que seria de esperar se agisse com a intenção de fraude, documento atestando que o imóvel encontrava-se livre e desimpedido de ônus**”. – Destaques do original (fls. 243).*

Insurgindo-se contra essas razões de decidir, argumenta o recorrente que a intenção de obter vantagem indevida patenteia-se no próprio recebimento de recursos complementares para a continuidade das obras do conjunto habitacional, com lastro em imprópria garantia real, qual seja, um imóvel pertencente a terceiros.

Já no tocante à ciência, pelo acusado, do óbice quanto à constituição de novo gravame sobre o bem, o recorrente reputa inaceitável a hipótese de ter ocorrido mero erro no fornecimento do apartamento como garantia, máxime após negociação longa, pautada por várias tratativas (fls. 254).

Rechaça, ainda, parte da tese defensiva onde se sustenta que o recorrido fora coagido pelas condições estipuladas pela CEF a fornecer o imóvel dado em garantia, visto que o próprio banco exigiu, expressamente, que as hipotecas recaíssem em bens livres e desembaraçados de quaisquer ônus ou segunda hipoteca de imóveis já hipotecados que comportassem novo gravame. Invoca, nesse sentido, o depoimento do irmão do recorrido (fls. 135), tam-

bém sócio da Betonbau, que afirmou se recordar da existência dessa cláusula.

Argumenta, ademais, que a ineficiência do setor competente da CEF na análise dos bens fornecidos em garantia não constitui fundamento para a exclusão da responsabilidade do recorrido.

Em reforço, rememora o depoimento do então superintendente da CEF (fls. 136), que afirmou ter ouvido dizer “que houve uma iniciativa informal da empresa Betonbau de substituir a garantia do apartamento 2.202 por um outro bem, algo que de fato não ocorreu”, para concluir que, se houvesse mesmo engano por parte do recorrido quanto ao bem indevidamente hipotecado, teria o mesmo procurado substituí-lo pelas vias ordinárias, em lugar de tentá-lo apenas informalmente (cf. fls. 256).

Fazendo coro com o recorrente, o parecer ministerial ainda questiona como poderia o apelado ignorar que o imóvel não pertencia a sua esfera patrimonial, quando o mesmo fora reiteradamente acionado para que cumprisse a cláusula contratual que o obrigava à liberação da hipoteca no prazo de 180 dias, a contar da expedição do “habite-se” (fls. 300).

Como se vê, o deslinde da causa cinge-se à aferição da ocorrência ou não de erro de tipo na conduta do recorrido. A linha de argumentação do recorrente, em que pese bem articulada, não me convence da ocorrência do delito.

Não estou encampando, com isso, tudo quanto foi dito pela defesa: realmente, não me parece crível que a CEF tenha coagido o recorrido a oferecer o dito bem em garantia, pois, se assim agisse, a financeira estaria periclitando seus próprios interesses, arrimando-se em imprópria hipoteca. Inaceitável, do mesmo modo, pretender que a imperícia do corpo técnico da Caixa Econômica, encarregado da análise dos bens dados em garantia, exclua a responsabilidade do recorrido pela abertura da hipoteca ao arrepio da lei. Estar-se-ia, assim, justificando um erro com outro.

Rejeito, ainda, a tese da ocorrência da excludente supralegal do consentimento do ofendido, porquanto resta evidente que a indevida aceitação do imóvel em garantia se deu justamente porque a circunstância de pertencer a terceiros passou despercebida aos

olhos dos técnicos da CEF, não havendo, dessarte, como se cogitar de tal discriminante, pois, uma vez constatado tal óbice, outro imóvel certamente teria sido exigido em substituição.

O que me parece realmente plausível é o argumento de que o acusado não teria qualquer razão para proceder, voluntariamente, como procedeu.

De feito. Não há se rastrear nos autos a mais fugaz indicação de que a construtora fosse insolvente, a ponto de o recorrido necessitar lançar mão de expedientes fraudulentos para a obtenção de financiamentos.

Consta que, além do conjunto habitacional de 400 casas, a Betonbau levava a cabo, à época, a construção de mais 03 (três) edifícios, dentre eles o Mairiyara Village, onde se acha o multicitado apartamento 2.202. Todos, pelo visto, empreendimentos bem-sucedidos, tanto que os autos não registram pendências no tocante aos demais apartamentos desse edifício: o contrato de empreitada de labor e de materiais, onde a construtora se obrigou a construir alguns apartamentos para as antigas proprietárias do terreno, foi rigorosamente observado, visto que tais imóveis foram entregues às irmãs.

Quanto ao conjunto habitacional Nova Cupira, vê-se que a suspensão dos recursos pela CEF se deu logo no segundo mês de execução das obras. Não obstante, a construtora prosseguiu na empreitada, com recursos próprios, até o oitavo mês, quando, então, se fez necessário o refinanciamento. Àquela altura, cerca de 90% da obra já estava construída, donde não se vislumbra má-fé por parte dos sócios da construtora, que comercializaram e entregaram todas as unidades habitacionais.

Foquemos, então, a questão da indevida abertura da segunda hipoteca sobre o pré-falado imóvel.

Observando o instrumento de renegociação do contrato de empréstimo celebrado entre a Betonbau e a CEF (fls. 187-189), vê-se que, juntamente com o apartamento de nº 2.202 do Edifício Mairiyara Village, compõem a garantia hipotecária complementar mais 06 (seis) apartamentos, inclusive outro no mesmo edifício (o de número 2.201). Não se verificou semelhante problema em rela-

ção aos demais apartamentos, que, ao que tudo indica, constituíram garantia hipotecária absolutamente idônea.

Assim, impende questionar se é aceitável a alegação de que a apresentação do apartamento de nº 2.202 se deu por pura falta de atenção. Não vejo tal hipótese como impossível, sem embargo da experiência do recorrido em tais negociações.

É que a falibilidade humana, aqui, revelou-se em ambos os lados da relação obrigacional: a Caixa Econômica Federal também não detectou a impropriedade da garantia, a despeito de investir corpo técnico dessa atribuição.

Não bastasse isso, observo que a falha passou ao largo, igualmente, do oficial do 2º Cartório do Registro Geral de Imóveis do Recife, consoante se lê na certidão de fls. 117, verso, e na documentação de fls. 59 a 64.

Nesse diapasão, vale rememorar o que observou a testemunha Ademildo Cavalcanti Costa, à época dos fatos Superintendente da CEF em Pernambuco, e, nessa condição, subscritor do contrato de refinanciamento de que se ocupam os autos:

“... que, na época dos fatos apontados na denúncia ministerial, a testemunha era Superintendente da CEF em Pernambuco; que este contrato noticiado na denúncia foi assinado pela testemunha, além de ter passado pelo setor jurídico da CEF, tal como normalmente ocorre; que considera que, no caso dos autos, a CEF também equivocou-se ao receber uma garantia indevida; (...)”. (Fls. 135).

Ressaltando “que a Construtora Betonbau era uma cliente da CEF em situação de perfeita adimplência”, o ex-Superintendente acrescentou:

“... que era um procedimento comum da CEF aceitar os apartamentos conferidos aos antigos proprietários dos terrenos construídos em hipotecas de 1º e 2º grau, sendo natural a ocorrência consignada na denúncia; que não tinha conhecimento da cláusula contratual que obrigava a empresa a liberar a hipoteca do apartamento no prazo de 180 dias a

contar do “habite-se”, esclarecendo que a ciência desta cláusula caberia aos setores de engenharia e jurídico da CEF, no sentido de aceitar ou não a garantia ofertada; (...) que é natural a conferência das garantias em razão de financiamentos promovidos pela CEF, não sabendo dizer, ao certo, se isto ocorreu neste caso, mas acredita que sim, inclusive em 2º grau”. (Fls. 136).

Outro aspecto a ser destacado, também lembrado pelo ex-Superintendente da CEF, é o de que o recorrido não iria se expor desnecessariamente, apresentando, de má-fé, uma garantia inidônea, porquanto isto, uma vez constatado, somente viria a prejudicá-lo. Confira-se:

“... disse que julgava não haver má-fé do acusado nos fatos apontados pelo MPF, inclusive porque, na hipótese de engano da CEF, isto haveria de algum modo prejudicado o próprio acusado, acrescentando que o empreendimento foi concluído regularmente, havendo o repasse natural aos adquirentes finais”. (Fls. 136).

Essa última assertiva concerta, de fato, com o teor da cláusula décima do multicitado instrumento de renegociação de contrato de empréstimo, que estabelece o vencimento antecipado da dívida, bem como a rescisão contratual, na ocorrência de algumas hipóteses ali elencadas, dentre elas, “a falsidade de qualquer declaração da DEVEDORA/CONSTRUTORA”. (Cf. fls. 170).

Em harmonia com os elementos fáticos acima aludidos, está o depoimento do informante Eugênio José de Carvalho Klaus, irmão do recorrido e sócio da construtora:

“... que, na época dos fatos apontados na denúncia, a empresa Betonbau possuía, além da construção das casas populares, a construção de três prédios; que o controle patrimonial da empresa Betonbau era feito pelo acusado e pelo informante, havendo, na época dos fatos, cerca de duzentos funcionários trabalhando para a empresa; que este tipo de engano que provocou esta ação criminal é absolutamente

isolado e único, não havendo qualquer precedente; (...)". (Fls. 135).

Outro ponto que me chama a atenção é o de que a situação de solvência da empresa, como bem ressaltou a defesa, permitiria à construtora indicar outro bem à hipoteca, o que se evidencia na circunstância de somente ter se verificado problema em relação ao imóvel pertencente às duas senhoras, numa lista de 07 (sete) apartamentos.

A substituição da garantia hipotecária, aliás, mostrou-se factível na propositura da Ação Ordinária de nº 2000.83.00.01958-6, onde as ditas irmãs pediram ao Juízo, em tutela antecipada, que o ônus hipotecário fosse transferido para a Fazenda Cajá, de propriedade da Betonbau Agropecuária Ltda., no Município de São Caetano. (Cf. fls. 18).

Certo, os autos não evidenciam, como lembra o recorrente, uma iniciativa formal da construtora no sentido de substituir a garantia hipotecária do apartamento 2.202 por outro bem. De acordo com o ex-Superintendente da CEF, tal teria ocorrido apenas informalmente, sem maiores conseqüências (fls. 136).

Isso, no entanto, não aproveita à tese acusatória. Relembre-se que o sujeito passivo do crime em questão é a instituição financeira – CEF –, e não as duas proprietárias do apartamento, as quais, por sinal, solveram seu problema na esfera cível. Se assim não fosse, não se justificaria a competência da Justiça Federal para o processamento do feito.

Ora, se a Caixa Econômica Federal foi instada, ainda que informalmente, a aceitar outro bem em substituição ao apartamento 2.202, como garantia hipotecária, e não tomou qualquer providência, decerto não o fez por não vislumbrar ameaça de prejuízo para si.

Tal fato não afasta a boa-fé do recorrido: formal ou informalmente, o aviso surtiria efeito, bastando o interesse da CEF em corrigir a situação.

Esse somatório de circunstâncias inibe a configuração do delito de obtenção fraudulenta de financiamento, ainda que, para tanto, seja desnecessária a comprovação do prejuízo experimentado pela financeira. É que a caracterização do tipo penal em questão

exige o *animus* de fraudar, decididamente ausente nos autos.

Consoante o escólio do sempre acatado Manoel Pedro Pimentel, “trata-se de crime de dupla subjetividade passiva, contendo importante elemento normativo consistente na expressão – *mediante fraude* – que dá a principal característica da conduta incriminada, que é o comportamento fraudulento”. (*Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional: comentários à Lei 7.492/86*, São Paulo, RT, 1987).

No caso dos autos, resta ausente um dos elementos integrativos do delito – “mediante fraude” –, na medida em que o agente, ora recorrido, não percebeu que, dentre os imóveis oferecidos em garantia real, estava um apartamento pertencente a terceiros. Não houve uma motivação de vontade dirigida à realização de uma fraude.

Irrepreensível, assim, a sentença absolutória, eis que precisa a análise do Juízo *a quo* quando assevera que o recorrido sequer lançou mão de meio fraudulento, pois não apresentou, o que seria de esperar na hipótese de conduta dolosa, documento atestando que o imóvel se encontrava livre de quaisquer ônus (fls. 243).

O simples contrato de adesão subscrito pelas partes, cujo conteúdo é prévia e unilateralmente estabelecido pela financeira, não se qualifica como meio fraudulento, ainda que um dos imóveis componentes da garantia hipotecária complementar seja imprescritível para tanto. Fraude teria ocorrido se o recorrido tivesse, de algum modo, forjado uma certidão negativa de ônus reais referente ao tal imóvel, ou mesmo falsificasse uma procuração com poderes para constituir a hipoteca de segundo grau. Patente, pois, o erro de tipo.

Considero que o recorrido portou-se, no máximo, negligentemente no trato com os imóveis sob sua responsabilidade, entendimento este que, de alguma forma, parece coincidir com o do órgão ministerial, o qual, nas alegações finais, embora insista no propósito fraudulento do acusado, aduz, de modo um tanto contraditório:

*“... Diante do conteúdo dos depoimentos, fortalecido com a documentação acostada aos presentes autos, percebe-se a **forma desidiosa e culposa***

com que o réu tratou e envolveu o bem imóvel discutido em tela, para a concretização dos interesses de sua empresa, junto à CEF, na qualidade de sócio-administrador de que dispunha à época”. (fls. 211).

De irrecusável aplicação, na espécie, o *caput* do art. 20 do CP, transcrito abaixo:

“Art. 20. O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposo, se previsto em lei”.

Convém lembrar que o dolo não se presume; há de ser provado pelo órgão acusador. Para tanto, não é necessária a confissão do crime pelo acusado. Basta que o quadro probatório permita a identificação segura do elemento volitivo exigido para a incidência da norma penal incriminadora.

Alimentando, o magistrado, dúvidas fundadas no tocante à existência do dolo, impõe-se, como solução, a absolvição do acusado, ou, no máximo, a opção pela hipótese culposa, desde que prevista na lei – o que não é o caso.

Diante dessas considerações, nego provimento ao recurso, mantendo a sentença absolutória.

É como voto.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 3.032-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PETRUCIO FERREIRA
Apelantes: KLESSON FERREIRA DE LIMA E JORGE MIGUEL CHAIRY NETO
Apelada: JUSTIÇA PÚBLICA
Advogadas: DRAS. JACINTA DE FÁTIMA COUTINHO MOURA E CONCEIÇÃO LIMA DE OLIVEIRA (DATIVAS - APTES.)

EMENTA PENAL. PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. FALSIFICAÇÃO, ENDOSSO E

SAQUE DE CHEQUES DE TERCEIROS - CORRENTISTAS DA CEF - COM OBTENÇÃO DE VANTAGEM INDEVIDA. CRIME-MEIO (FALSIDADE) ABSORVIDO PELO CRIME-FIM (ESTELIONATO). APLICAÇÃO DO ARTIGO 171 DO CPB. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. DOLO AB INITIO. CONDENAÇÃO. TRÂNSITO EM JULGADO PARA A ACUSAÇÃO. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. EXACERBAÇÃO. AUSÊNCIA DE REINCIDÊNCIA. ANÁLISE DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. REDUÇÃO DA PENA IN CONCRETO APLICADA. PRESCRIÇÃO RETROATIVA. OCORRÊNCIA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. DECLARAÇÃO.

- Cuida a hipótese de falsificação e endosso de cheques de terceiros - correntistas da Caixa Econômica Federal - com obtenção de vantagem indevida, satisfatoriamente comprovada nos autos, onde os réus-apelantes, agindo com dolo pré-ordenado e com ardil, é de concluir-se pela perfeição do crime de estelionato - artigo 171 do CPB - onde o dolo é a essência da infração e antecede a ação criminosa.

- Restando comprovadas a autoria e materialidade delituosas, corroboradas pela prova pericial, e não restando satisfatoriamente comprovado nos autos serem os réus reincidentes, inobstante as circunstâncias judiciais analisadas pelo Juiz singular, impõe-se a reforma parcial da sentença a quo, para reduzir-se a pena privativa de liberdade de 06 (seis) anos e 08 (oito) meses para 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão.

- Atendendo terem decorrido entre a data do recebimento da denúncia (07 de julho de 1993), fls. 342, e a data da publicação da sentença condenatória (11 de outubro de 2001) mais de 08 (oito) anos, e em face da pena in concreto ora aplicada, é o caso de decretar-se em favor dos acusados, ora apelantes, a extinção da punibilidade

pela ocorrência da prescrição retroativa, ex vi dos artigos 107, IV, 109, IV, 110, §§ 1º e 2º, e 118 do CPB.

- Apelações dos réus parcialmente providas, declarando-se, outrossim, em favor dos mesmos, a extinção da punibilidade pela ocorrência da prescrição retroativa.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, dar parcial provimento às apelações para, reduzindo as penas aplicadas, reconhecer em favor dos réus a extinção da punibilidade pela ocorrência da prescrição, nos termos do voto do Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 18 de março de 2003 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL PETRUCIO FERREIRA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PETRUCIO FERREIRA:

Cuida a hipótese de apelações criminais interpostas pelos acusados Klesson Ferreira de Lima (fls. 417/419) e Jorge Choairy (fls. 425/428) contra sentença (fls. 406/408) da lavra do Exmo. Juiz Federal da 4ª Vara-PE, Dr. Antônio Bruno de Azevedo Moreira, que, julgando procedente a ação penal, condenou os acusados, ora apelantes, pela prática, em co-autoria, do crime de estelionato, em forma continuada – art. 171, c/c 71 do CPB –, à pena de 06 (seis) anos e 08 (oito) meses de reclusão e de 360 (trezentos e sessenta) dias-multa, para ambos os acusados. A sentença transitou em julgado para a acusação.

Nos fatos, segundo narra a exordial, tem-se que os acusados, em fevereiro de 1988, falsificaram assinaturas de correntistas da Caixa Econômica Federal em 17 (dezesete) cheques, conseguin-

do, de forma fraudulenta, sacar os valores correspondentes.

A perícia grafotécnica de fls. 327/332 confirmou que as assinaturas dos acusados no reverso dos cheques (endosso) partiram dos punhos dos ora acusados. A acusação não arrolou testemunhas.

Em juízo, os réus, citados por edital, tiveram suas revelias decretadas (fls. 351).

Nas razões de apelação, a defensora dativa do réu Klesson Ferreira de Lima, fls. 417/419, alega não haver provas suficientes para condenação. Pugna pela absolvição e pela dispensa da pena de multa, em face do réu ser pobre na forma da lei. A defensora dativa do réu Jorge Miguel Choairy Neto, fls. 425/428, também pugna pela absolvição, alegando, em síntese, não existirem provas suficientes para condenação e o fato de não ter sido possível ao réu registrar a sua versão, em face da sua qualificação indireta na fase do inquérito policial.

Contra-razões apresentadas pelo MPF às fls. 431/435.

No seu Parecer, o Exmo. Procurador Regional da República, Dr. Sady D'Assumpção Torres Filho, entendendo ter havido exacerbação da fixação da pena-base e da causa especial de aumento (crime continuado), uma vez que nos autos não restou comprovado serem os acusados reincidentes, inobstante seus péssimos antecedentes, opinou pelo parcial provimento dos recursos interpostos pelos réus, no sentido de reduzir-se a pena privativa de liberdade aplicada pelo juízo singular.

Os autos seguiram ao Exmo. Desembargador Federal Lázaro Guimarães para revisão, nos termos do Regimento Interno desta Corte.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PETRUCIO FERREIRA (Relator):

Conforme noticiou o incluso relatório, a hipótese é de apelações criminais interpostas pelos acusados Klesson Ferreira de

Lima (fls. 417/419) e Jorge Choairy (fls. 425/428) contra sentença (fls. 406/408) da lavra do Exmo. Juiz Federal da 4ª Vara-PE, Dr. Antônio Bruno de Azevedo Moreira, que, julgando procedente a ação penal, condenou os acusados, ora apelantes, pela prática, em co-autoria, do crime de estelionato, em forma continuada – artigo 171, c/c 71 do CPB –, à pena de 06 (seis) anos e 08 (oito) meses de reclusão e de 360 (trezentos e sessenta) dias-multa, para ambos os acusados.

Nos fatos, colhe-se na peça exordial - denúncia - que:

“... Em fevereiro de 1988, os denunciados falsificaram as assinaturas dos correntistas titulares da conta corrente 010001513 (Luiz Gonzaga de Souza e/ou Severino Tavares de Souza) da Caixa Econômica, falsificaram as assinaturas em dezessete cheques, cuja relação encontra-se às fls.64. Desta Forma, os denunciados conseguiram sacar, fraudulentamente, os valores constantes da relação já referida. (...). Nova perícia grafotécnica realizada pelo DPF (fls. 325/329) concluiu que em diversos dos cheques impugnados as assinaturas e lançamentos apositos no reverso dos cheques partiram dos punhos dos denunciados. Provada a autoria e materialidade do delito, requer o MPF (...) serem condenados nas penas do art. 171 do Código Penal (...)”.

O douto Juiz sentenciante, em julgando procedente a ação penal e condenando os réus, ora apelantes, pela prática, em co-autoria, do crime de estelionato, em forma continuada – artigo 171, c/c 71 do CPB –, à pena de 06 (seis) anos e 08 (oito) meses de reclusão e de 360 (trezentos e sessenta) dias-multa, para ambos os acusados, entre outras, assim se houve ao fundamentar a decisão recorrida de fls. 406/408:

“... Não há dúvida de que foram os acusados os autores do preenchimento dos cheques e do recebimento dos mesmos, pois consta suas assinaturas (endosso) no reverso daqueles documentos, como concluíram os peritos após a perícia grafo-técnica (fls. 327 a 332).

São os acusados habituais em crimes contra o patrimônio, como consta de suas folhas de antecedentes (...).

Nesse delito, posso, facilmente, distinguir as suas duas fases executórias: a) na primeira fase, o agente usa dos meios fraudulentos que induzirão a vítima, ou seus empregados ou prepostos, ou, ainda, a manterão em erro – no caso ora examinado, o preenchimento, assinatura e endosso dos cheques; b) na segunda fase, o agente obtém, para si ou para outrem, a vantagem ilícita, com o prejuízo patrimonial para a vítima – no caso, a apresentação no estabelecimento bancário e o saque (...).

Indisputavelmente, o cheque, inclusive endossado, é meio idôneo a enganar as pessoas de meridiana cautela.

Não importa que não tenha conseguido a perícia comprovar quem fora a pessoa que falsificara as assinaturas nos cheques, desde que comprovado restou que os acusados preencheram alguns e endossaram os referidos cheques. Entendo, destarte, comprovada a autoria dos acusados no delito de estelionato.

Por outro lado, tendo sido preenchidos e descontados vários cheques de alguns correntistas, entendo caracterizada a continuidade, tal como prevista no art. 71 de nosso Código Penal, o que, aliás, vem em benefício dos acusados. No tocante a majoração prevista para a continuidade, face à extrema periculosidade dos acusados, à persistência dos mesmos no caminho do crime, às suas condutas sociais, entendo que deve ser aplicada no máximo, ou seja, em dois terços (2/3) (...)"

A defesa dos acusados, em síntese, pugna pela absolvição, alegando não existirem provas suficientes para a condenação.

Ora, os réus, na fase policial, foram qualificados indiretamente, pois em local incerto e não sabido (fls. 62/63), em juízo, foi decretada aos mesmos a revelia (fls. 351); o laudo grafotécnico,

de fls. 327/332, confirma como sendo dos acusados as assinaturas constantes dos endossos dos cheques falsificados; os depoimentos dos funcionários da CEF, fls.158/160 confirmam a acusação.

A definição jurídica dada aos fatos na denúncia – e na própria decisão singular – foi a do artigo 171 do Código Penal Brasileiro. A classificação está correta, o delito praticado, de fato, é o de estelionato, na sua forma consumada, vez que os valores relativos aos cheques falsificados foram efetivamente sacados pelos réus, induzindo a CEF em erro e ocasionando prejuízo patrimonial para os correntistas daquela empresa pública federal.

Referidos elementos de convicção se prestam a gerar a certeza acerca da autoria e materialidade da conduta descrita na peça vestibular imputada aos acusados, ora apelantes, convergindo todas as provas para um único ponto, ao identificar nas pessoas dos réus e nas condutas por eles praticadas os elementos do tipo objetivo e subjetivo na perfeição do crime de estelionato, inobstante ter sido a falsidade absorvida por aquele tipo penal. Entendo, pois, haverem praticado os réus o crime-fim de estelionato, cujo dolo é *ab initio*; ao contrário do crime de apropriação indébita, no qual o dolo é subsequente.

Vê-se, pois, estarem, *in casu*, presentes todos os elementos objetivos do artigo 171, quais sejam: 1) o emprego, pelo agente, de artifício e meio fraudulento; 2) induzimento da vítima em erro; 3) obtenção de vantagem patrimonial ilícita; 4) prejuízo alheio relacionado com o erro provocado. Ora, quem efetivamente sofreu o prejuízo com o golpe aplicado pelos réus. O sujeito passivo do crime de estelionato é quem sofre a lesão patrimonial, já que o patrimônio é a objetividade jurídica tutelada.

Comentando sobre o crime de estelionato, o doutrinador Julio Fabbrini Mirabete, em sua obra *Manual de Direito Penal*, pág. 317, assim opina: “Qualifica-se o delito de estelionato tanto em sua figura básica como em seus incisos, aumentando-se a pena em um terço, ‘se o crime é cometido em detrimento de entidade de direito público ou de instituto de economia popular, assistência social ou beneficência’ (art. 171, § 3º). Estão, assim, mais protegidos não só a União, Estados, Municípios e Distrito Federal (art. 14 do

CC), como as autarquias e entidades paraestatais (INAMPS, Caixa Econômica etc.), os institutos de economia popular (COBAL), assistência social ou beneficência (LBA etc.). Quanto à Previdência Social, o STJ editou a Súmula 24: ‘Aplica-se ao crime de estelionato, em que figura como vítima entidade autárquica da Previdência Social, a qualificadora do § 3º do art. 171 do Código Penal’. A majoração da pena decorre do dano, que atinge o interesse da coletividade”.

No que diz respeito à proteção do direito patrimonial e considerando a imputação aos apelados da conduta descrita no art. 171, CPB – estelionato, pelo *dominus litis*, encontramos na doutrina abalizada do mestre Damásio de Jesus, em seu *Curso de Direito Penal*, vol. 2, Editora Saraiva, pág. 370, em relação ao *caput*, quanto à sua qualificação, que: “O estelionato é delito material. Crime material é aquele cujo tipo descreve o comportamento e menciona o resultado, exigindo a sua produção. Na espécie, o legislador define o comportamento do sujeito, empregando fraude no induzimento ou na manutenção de alguém em erro, e o resultado, vantagem ilícita em prejuízo alheio. O núcleo do tipo é o verbo ‘obter’. Desta forma, para a existência do delito é imprescindível que o sujeito obtenha vantagem ilícita. Em outros termos, o CP exige a produção do resultado duplo (vantagem ilícita em prejuízo alheio). Por isso, exigindo o tipo a produção do resultado, o crime é material e não formal”.

Ainda, em relação ao crime de estelionato, *in Curso Completo de Direito Penal*, págs. 223 e 224, 3ª edição, 1993, Editora Saraiva, Romeu de Almeida Salles Júnior assim se expressa: “A ação física é representada pelo verbo ‘obter’, importando a ação do agente de conseguir a vantagem ilícita em prejuízo alheio. É crime onde o emprego do meio fraudulento é constitutivo do tipo. Através desse meio o agente consegue a vantagem almejada. A constituição do tipo envolve a consecução da vantagem ilícita; o emprego do meio fraudulento; o erro causado ou mantido por esse meio; o nexo de causalidade entre o erro e a prestação da vantagem; a lesão patrimonial. Hungria assinala que o crime de estelionato se reduz a um binômio: vantagem ilícita e prejuízo alheio. A vantagem é qualquer utilidade proporcionada pela obtenção de uma coisa, pelo uso ou pelo uso ou gozo, execução de um ato, resultando proveito para o

agente. O prejuízo alheio é o dano, a diferença patrimonial que o sujeito passivo experimenta, geralmente no sentido de diminuição, havendo doutrina que admite como prejuízo até a 'falta de aumento' do resultado patrimonial como decorrência da ação de agente. O estelionato é crime material, atingindo o momento consumativo no instante em que o agente obtém a vantagem ilícita com o conseqüente prejuízo patrimonial alheio. A tentativa é admissível. O meio fraudulento faz parte do processo executivo do delito. Igualmente faz parte do crime o resultado, isto é, a vantagem e o prejuízo da vítima. Entre o meio fraudulento e o resultado é possível captarmos um *iter* longo, sujeito a fracionamento. Pode o agente iniciar a ação de induzir a vítima em erro e ser obstado de prosseguir antes do momento em que receba a vantagem a ser entregue pela vítima”.

A tese defendida pelo Juízo singular no sentido de que os réus agiram com ardil, quando endossaram cheques falsificados com o fim de sacar os valores a eles correspondentes, há de ser confirmada, passando, outrossim, a analisar a dosimetria da pena aplicada, no quanto da aplicação da pena-base e do aumento da causa especial tratada no artigo 71 do CP.

O próprio Ministério Público Federal, em seu Parecer de fls. 449/456, entendeu que, de fato, os réus, nas suas condutas, praticaram crime de estelionato, uma vez que endossaram assinaturas de terceiros em cheques falsificados, com o fim de sacar os valores a eles correspondentes. Da mesma sorte, entendeu o *Parquet* Federal que houve exacerbação da pena-base e da majorante do crime continuado, pois não restou comprovado serem os réus reincidentes.

Diante do exposto, acolhendo em parte os recursos de apelação dos réus e o próprio Parecer Ministerial nesta instância, pois restando incontestes a autoria e materialidade delituosas, manter a condenação posta pelo Juízo singular, porém, não se tendo nos autos comprovada a reincidência dos réus, reduzo a pena base para 02 (dois) anos de reclusão, atendendo ao disposto no artigo 59 do CPB, não obstante as circunstâncias judiciais analisadas pelo Juiz singular, e inexistindo circunstâncias atenuantes ou agravantes, mas, militando contra os acusados a causa especial de

aumento – crime continuado –, majoro a pena em 1/6 (um sexto), tornando-a definitiva em 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, pena esta que tenho como definitiva. Aplico, ainda, a pena de 30 (trinta) dias-multa, cujo dia deverá ser calculado à base de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente à época dos fatos, mantendo-se a sentença recorrida nos seus demais termos.

Atendendo terem decorrido entre a data do recebimento da denúncia (07 de julho de 1993), fls. 342, e a data da publicação da sentença condenatória (11 de outubro de 2001) mais de 08 (oito) anos, e em face da pena *in concreto* ora aplicada – 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão –, é o caso de decretar-se em favor dos acusados, ora apelantes, a extinção da punibilidade pela ocorrência da prescrição retroativa, *ex vi* dos artigos 107, IV, 109, IV, 110, §§ 1º e 2º, e 118 do CPB.

Ex positis, dou parcial provimento às apelações dos réus, declarando-se, outrossim, em favor dos mesmos a extinção da punibilidade pela ocorrência da prescrição.

É o meu voto.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 3.080-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA
Apelante: MARIA DE FÁTIMA LIMA (RÉ PRESA)
Apelada: JUSTIÇA PÚBLICA
Advogada: DRA. CONCEIÇÃO LIMA DE OLIVEIRA (APTE.)

EMENTA: PENAL. SAQUES INDEVIDOS DE CONTA DE POUPANÇA. ESTELIONATO. CRIME COMETIDO EM DETRIMENTO DA CEF E DA CORRENTISTA PARTICULAR. CERTIDÕES DE ANTECEDENTES CRIMINAIS POSITIVAS.

- O tipo subjetivo do crime de estelionato é o dolo, consistente na vontade livre e consciente de empregar engodo para induzir ou manter vítima em erro, com o fim de obter um indevido proveito material.

- Laudo pericial em que os peritos concluem pela boa qualidade da falsificação da assinatura aposta no documento do saque indevido.

- O grau de culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade da condenada, bem como os motivos e as circunstâncias, indicam que a substituição não é aconselhável (inc. III, art. 44, do CP).

- Apelação a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Terceira Turma do Egrégio Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação, nos termos do relatório e voto constantes dos autos, que fazem parte do presente julgado.

Recife, 15 de maio de 2003 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA:

Trata-se de apelação criminal interposta por Maria de Fátima Lima de sentença condenatória (fls. 179/181) proferida pelo MM. Juiz Federal da 4ª Vara da Seção Judiciária de Recife, Pernambuco. Julgando procedente a acusação, condenou a acusada/apelante nas penas do art. 171, § 3º, do Código Penal, condenando-a a 4 (quatro) anos de reclusão e 300 (trezentos) dias-multa, a ser cumprida, inicialmente, em regime fechado.

Na apelação acostada às fls. 191/194, aduz a apelante que, por ser primária, caberia a reforma da sentença para lhe ser aplicada a pena mínima cominada ao delito e, assim, proceder-se à substituição da pena privativa de liberdade pela de prestação de serviço à comunidade.

Em contra-razões (fls. 198/204), o Ministério Público Federal pede pela manutenção da sentença nos moldes em que ela foi proferida, já que a ré, em seus próprios depoimentos ao longo da instrução criminal, demonstrara contumácia na prática de fraudes.

Parecer da Procuradoria da República junto a esta e. Corte, fls. 209/211, pugna pelo improvimento do recurso, em face do correto entendimento do Julgador monocrático, por ser a ré pessoa afeita à prática de atividades ilícitas.

É o relatório. À douta revisão (art. 31, IV, do RI do TRF-5ª R).

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA (Relator):

A apelante requer, em sua apelação, a modificação da sentença exarada, apresentando dois pontos argumentativos:

Primeiro, que a alteração do *decisum* monocrático se faz necessária, vez que a falsificação ocorrida entre as assinaturas constantes da Ficha de Autógrafos de Sebastiana Maria Gonçalves, fls. 17, e aquela assinatura constante na Guia de Retirada de fls. 18 é por demais grosseira e evidente. Tal fato vem comprovar que, o que houve, em verdade, foi negligência da parte do funcionário da agência bancária da CEF onde ocorrera o pagamento do montante na conta da poupança. Assim agindo, concorrera para a prática do delito, ocorrendo o que a doutrina denomina de “vitimologia”.

Em segundo lugar, requer a diminuição da pena aplicada e, depois, aplicar-se-lhe a pena substitutiva em prestação de serviço à comunidade, levando-se em conta tratar-se de ré tecnicamente primária e de apresentar um certo grau de desequilíbrio psicossocial, onde a pena privativa de liberdade não alcançará a finalidade pretendida.

Entendo, quanto ao primeiro argumento, não assistir razão à apelante.

O dolo está presente em todo o seu arcabouço no comportamento da ré, pelo que este fato, por si só, já faz caracterizar a fraude utilizada no tipo de estelionato por ela praticado.

A falsificação da assinatura, constatada pela perícia formalizada no Exame Documentoscópico Grafotécnico de fls. 25/26, tida como “de má qualidade”, por si só, não teria o condão de descaracterizar a materialidade do delito praticado, o qual foi constatado no *conjunto probatório* trazido aos autos.

Entendo que, se somente tivesse sido apoiada a condenação na averiguação da perícia realizada, com certeza precária teria sido aquela decisão. Todavia, vários foram os elementos de prova em que se viu configurada a fraude perpetrada contra duas vítimas, a CEF e a tia da ré, a Sra. Sebastiana Maria Gonçalves, titular da conta de poupança, zerada por conta das retiradas irregulares (R\$ 3.000,00 - três mil reais).

Ademais, observe-se que uma perícia complementar à primeira fora solicitada, conforme fls. 30, concluindo os peritos pela *boa qualidade* da falsificação.

Dentro do *conjunto probatório*, que é aquele ao qual o julgador deve se reportar para exarar a sentença, inúmeros elementos de prova concorreram para se configurar não só a autoria, quanto a materialidade.

A própria ré confessou em seu interrogatório no Departamento de Polícia Federal a retirada de todo o dinheiro da conta de sua tia, em dois saques (fls.95). Também confirmara tal fato em Juízo.

A testemunha de acusação, Kátia Maria Gonçalves Cortez, depôs em audiência que sua prima, a acusada, realmente fizera o saque de forma fraudulenta. Tanto que assim narrou a ocasião da descoberta, às fls. 15 dos autos:

“que, quando sua mãe soube que a conta estava encerrada, por não chegarem mais extratos bancários, foi com a depoente até a Agência de Casa Amarela e também a acusada, e ali a acusada confessou que sacara irregularmente o dinheiro de dona Sebastiana”.

Por todas essas razões reputo confirmada a autoria do crime perpetrado.

Quanto ao pedido de diminuição de pena, entendo não se po-

der diminuí-la, por ser notória a habitualidade da ré ao crime, como asseverou o MM. Juiz sentenciante, ao dizer:

“Resta demonstrado, assim, o caráter criminoso, a personalidade voltada contra o patrimônio dos outros, da acusada, que demonstra periculosidade no seu convívio com os demais membros da comunidade”. (Fls. 180).

Na leitura da denúncia da outra ação penal que corre na Justiça Estadual (Processo nº 2001.012326-2, 4ª Vara Criminal), no Auto de Prisão em Flagrante lá acostado, informou a ré no interrogatório que,

“ela interrogada tirou diversas carteiras de trabalho, adulterando certidões de nascimento, a fim de renovar as senhas dos cartões magnéticos de recebimentos de benefícios; que costumava adulterar documentos para abrir crediários e fazer aposentadorias”. (Fls. 149).

Por sua vez, na 3ª Vara Criminal da Capital, aduzira em Juízo, conforme consta em cópia de seu interrogatório (fls. 164), que,

“aposentou umas 11 pessoas e recebia destas a importância em dinheiro correspondente a 60 ou 70 por cento do salário”.

Já no seu interrogatório (fls. 95) em Juízo, perante o MM. Juiz Federal desta ação penal, dissera a ré Maria de Fátima que o dinheiro que retirara havia sido emprestado por sua tia, fato este negado quando do depoimento de sua prima e da própria vítima, sua tia Sebastiana (fls. 55), ao ficar surpresa com o fechamento de sua conta.

A folha de antecedentes criminais, apontando para seu comprometimento em 2 (dois) processos na 2ª e 3ª Varas Criminais da Capital deste Estado (fls. 159) e de 1 (um) processo criminal na Justiça Federal (fls. 160) justificaram a aplicação da pena, na forma avaliada pelo Magistrado nas circunstâncias judiciais.

Considerando os péssimos antecedentes da ré e o sopesamento de todo material fático trazido e analisado pelo MM. Juiz nas

circunstâncias do art. 59, entendendo ser aplicado o que reza o inc. III do art. 44 acerca da substituição das penas privativas de liberdade:

“III - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja insuficiente”.

Malgrado tratar-se de caso de primariedade, levando em conta não ter havido juntada de nenhuma certidão de condenação em ação penal com trânsito em julgado, descabe aplicar-se a diminuição e a substituição, nesse caso particular.

O correto embasamento da sentença prolatada não deixa dúvida acerca da capacidade delitiva da ré, que não merece ter a decisão contra si modificada. Assim se posicionara o Julgador *a quo*:

“Na aferição da idoneidade do meio empregado, deve o juiz estar atento para o fato de que não deve ser causa de exclusão do crime o fato de que a fraude utilizada pelo acusado seja daquelas perceptíveis ao homem de mediana inteligência, porque tal tutela judicial, ou seja, os mais simples, os menos cultos, aqueles que mais necessitam da tutela judicial, ou seja, os mais simples, os menos cultos, aqueles que, por qualquer motivo, não têm acesso aos meios de comunicação e ao pleno conhecimento das coisas do mundo dos negócios”. (Fls. 180).

Pelo improvimento da apelação.

É como voto.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 3.180-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA
Apelantes: WILSON BARBALHO JÚNIOR E LAUDELINO DO NASCIMENTO CARDOSO
Apelada: JUSTIÇA PÚBLICA
Advogados: DRs. JACINTA DE FÁTIMA COUTINHO MOURA E DIVALDO THEOPHILO DE OLIVEIRA NETTO E OUTRO (APTES.)

EMENTA: PENAL. PROCESSO PENAL. ESTELIONATO TENTADO. CO-AUTORIA. PENA DOSADA SIMULTANEAMENTE. POSSIBILIDADE. ERRO NA DOSIMETRIA. REDIMENSIONAMENTO. PRESCRIÇÃO.

- A ausência de interrogatório, quando o réu é revel mas foi encontrado após a prolatação da sentença penal condenatória, não inquina de nulidade o ato decisório, a menos que a sua prática (do interrogatório) fosse decisiva para a elucidação dos fatos, o que, na hipótese dos autos, não é verdade.

- É juridicamente viável a dosimetria coletiva de penas, quando o caso seja de co-autoria, desde quando os réus estejam em situação fática e jurídica assemelhada. Critério estilístico de redação que, nem de longe, macula o princípio da individualização.

- As circunstâncias judiciais norteiam a cominação da pena-base, portanto, não constatadas causas que justifiquem a fixação desta em patamar que beira o máximo, impõe-se reformular, para menos, a dosimetria da pena.

- Modificada a pena para 2 (dois) anos de reclusão, em acórdão do Tribunal, e passados mais de quatro anos entre o recebimento da denúncia (23/02/92) e a prolação da sentença (22/05/2002), há de ser declarada extinta a punibilidade pela

ocorrência da prescrição retroativa, cujo lapso deve ser considerado em cotejo com a pena in concreto, com fulcro nos arts. 109, V, e 110, §§ 1º e 2º, do CP.

- Apelação parcialmente provida. Prescrição retroativa reconhecida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em que figuram como partes as acima indicadas, decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, dar parcial provimento as apelações, para reduzir as penas para 2 anos de reclusão, e declarar extinta a punibilidade pela ocorrência da prescrição retroativa, nos termos do voto do Relator e das notas taquigráficas, que passam a integrar o presente julgado

Recife, 1º de julho de 2003 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA:

Cuida-se de apelações criminais interpostas por Laudelino do Nascimento Cardoso e Wilson Barbalho Júnior contra sentença criminal, da lavra do MM. Juiz Federal da 4ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco, Dr. Antônio Bruno de Azevedo Moreira, que julgou procedente a ação criminal em comento, condenando-os pela prática do delito previsto no art. 171, § 3º, c/c arts. 14, III, e 29, todos do Código Penal, o que resultou na cominação das penas de 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e 300 (trezentos) dias-multa.

Foi absolvido o réu Nathan de Jesus Cortez por insuficiência de provas, com fulcro no art. 386, VI, do Código de Processo Penal.

O primeiro recorrente se insurgiu contra a condenação, querendo a sua absolvição por insuficiência de provas, bem como

a isenção da multa em face da ausência de condições financeiras para pagá-la.

O segundo, atacou o comando condenatório, reputando-o nulo, por aplicar a sanção de forma generalizada, não individualizada, sem que fossem analisadas a situação processual e a pessoa de cada réu, além de alegar a existência de vários vícios na dosimetria da pena. Por fim, argúi a impossibilidade de condenação com base em prova colhida exclusivamente no inquérito, que não tenha sido submetida ao crivo do contraditório na instrução criminal.

O Ministério Público Federal, nas contra-razões, preliminarmente, reiterou a necessidade de prisão dos réus (caso não sejam recolhidos, que as apelações sejam julgadas desertas), bem como o interrogatório dos mesmos. De outra banda, concorda com o segundo apelante, quanto à nulidade da sentença, em face da ausência de individualização da pena.

A douta Procuradoria Regional da República, em seu parecer, opinou pelo improvemento dos recursos, mantendo a sentença em todos os seus termos.

É o relatório.

Foram os presentes autos, nos termos regimentais, ao íncrito Desembargador Federal Revisor.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA (Relator):

Inicialmente, é de se destacar que o Ministério Público pugnou pela realização de interrogatório do réu que, estando ausente durante todo o processamento do feito (=era revel), foi encontrado após a sentença.

Não procede.

De fato, é cediço que a marcha processual não pode ser jamais um eterno ir e vir. Processo, qualquer que seja ele, é sempre um *ir*, um *caminhar*. A retroação no curso de uma demanda só se justifica em hipótese excepcional. No caso dos autos, conquanto se reconheça que o interrogatório seja ato de defesa, o fato é que

o apelante abriu mão dele quando se tornou revel. Tivesse sido encontrado antes da sentença, nada obstaría fosse, enfim, ouvido. Talvez o ato fosse até recomendável.

Na segunda instância, porém, a anulação da sentença só seria razoável se a realização do interrogatório fosse decisiva para a elucidação dos fatos controvertidos, o que, *data venia*, não é verdade no caso dos autos, onde uma delação recheada de detalhes, aliada a uma prova técnica irrefutável, exauriram a matéria probatória. Rejeito a proposição.

Vou adiante.

As teses defendidas pelo primeiro recorrente, autoria não comprovada por insuficiência de provas e isenção do pagamento de multa por hipossuficiência financeira, não merecem guarida.

A autoria de Wilson Barbalho Júnior restou suficientemente comprovada através dos elementos probatórios constantes nos autos, principalmente pela acusação do seu comparsa (Laudelino do Nascimento Cardoso), fls. 15, que é réu confesso, bem como pela prova pericial constante dos autos, fls. 76, segundo a qual as rubricas constantes na cédula de identidade e no cheque emanaram do punho daquele recorrente.

No que pertine ao pedido de isenção quanto ao pagamento da sanção pecuniária, tenho que, na dosimetria da pena de multa, a condição econômica do réu apenas é considerada quando da fixação do valor do dia-multa, pois na estipulação do número de dias-multa os critérios são as circunstâncias judiciais e legais, conforme fases de fixação da multa descrita por Damásio E. de Jesus, *in Código Penal Anotado*, 12ª edição, 2002, p. 212:

“1ª operação: no tocante à quantidade dos dias-multa (CP, art. 49, caput), que varia entre dez e trezentos e sessenta, devem ser consideradas as circunstâncias judiciais do art. 59, caput, que servem ao juiz de critério de dosagem da pena: culpabilidade do agente, antecedentes, conduta social, personalidade, motivos, gravidade objetiva do crime e circunstâncias inominadas, conforme seja necessária e suficiente para os fins de reprovação e preven-

ção; 2ª operação: o valor do dia-multa deve ser fixado de acordo com a situação econômica do réu (CP, art. 60, caput). No sentido do texto: STJ, REsp 46.698, 5ª Turma, DJU, 19 maio/1997, p. 20652; TACRIMSP, ACRIM 443.043, JTACRIMSP, 90:343; ACRIM 517.699, RJDTACRIMSP, 2:117-8; TAMG, ACRIM 199.977, RT, 729:629”.

Demais disso, a jurisprudência pátria é uníssona em reconhecer a impossibilidade de exclusão da multa por motivo de insuficiência financeira, consoante se vê do seguinte aresto:

“APELAÇÃO CRIMINAL. ROUBO. REGIME FECHADO. MENORIDADE. RECONHECIMENTO. PENA DE MULTA. EXCLUSÃO. IMPOSSIBILIDADE. CONDENAÇÃO MANTIDA.

1. O regime de cumprimento da pena foi fixado em observância aos preceitos legais existentes, considerada, principalmente, a gravidade do delito cometido pelo apelante, restando incabível o início do cumprimento da reprimenda em regime semi-aberto.

2. As questões postas pela defesa em alegações finais, relativas ao reconhecimento pessoal do réu e à menoridade, foram amplamente analisadas no *decisum* monocrático, não merecendo qualquer reparo a r. sentença recorrida.

3. Não há previsão legal relativa à exclusão da pena de multa por tratar-se o réu de pessoa pobre, não cabendo ao Judiciário legislar a respeito.

4. Recurso improvido”.

(ACR nº 98030679317-SP, TRF03, Primeira Turma, unânime, Rel. Des. Federal Oliveira Lima, DJ 10/11/1998). (Grifei).

Vale ressaltar que o MM. Juiz *a quo*, ao cominar a pena de multa, fixou o valor do dia multa em 1/30 do salário mínimo vigente à época do fato, ou seja, no mínimo legal, portanto, impossível rebaixá-lo.

Quanto ao segundo apelante, Laudelino do Nascimento Cardoso, tem-se que o argumento da nulidade da sentença por falta

de individualização da pena ressoa descabido.

Há muito se pacificou que é juridicamente viável a dosimetria coletiva de penas, quando o caso seja de co-autoria, desde quando os réus estejam em situação fática e jurídica assemelhada. Trata-se de mero critério estilístico de redação que, nem de longe, macula o princípio da individualização.

Entretanto, quanto ao equívoco na dosimetria da pena privativa de liberdade, a alegação do recorrente faz sentido. De fato, as circunstâncias judiciais norteiam a cominação da pena-base. Assim, não constatadas causas que justifiquem a fixação desta em patamar que beira o máximo, impõe-se reformular, para menos, a dosimetria respectiva.

APLICAÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

O crime é de estelionato. A pena mínima, nunca é demais lembrar, é de 01 (um) ano de reclusão. As circunstâncias judiciais relativas a ambos os apelantes, com vida policial tumultuada, consoante se vê dos autos, determinam a fixação da pena base em 02 (dois) anos de reclusão, o que, destaque-se, equivale ao dobro do mínimo legal, uma majoração já significativa de 100%.

Não constato a presença de agravante ou atenuante genérica.

Já na terceira fase, onde devem ser ponderadas as causas especiais de aumento e/ou diminuição, vejo que, tratando-se de estelionato qualificado, nos termos do § 3º do art. 171 CPC (uma vez que cometido contra a autarquia federal), impõe-se aumentar a pena-base em 1/3, totalizando 02 (dois) anos e 08 (oito) meses de reclusão.

Ocorre que, por se cuidar de delito tentado, conforme inciso III do art. 14 do CPB, aplico a causa de diminuição para reduzir a pena de 1/3, resultando no mesmo montante de **02 anos de reclusão, sanção que, enfim, torno definitiva.**

PRESCRIÇÃO

O lapso para a contagem do prazo prescricional pode ser aferido em cotejo com a pena aplicada *in concreto*, podendo, inclusive, retroagir a data anterior à do recebimento da denúncia, consoante se depreende do art. 110 e parágrafos do Código Penal.

Assim sendo, diante da pena privativa de liberdade que aplico, de 02 (dois) anos de reclusão, e à luz do art. 109, V, do Código Penal, declaro extinta a punibilidade pela ocorrência da prescrição retroativa, pois, passados mais de seis anos entre o recebimento da denúncia (30/05/1996) e a publicação da sentença condenatória (22/05/2002), excedeu-se o prazo máximo legalmente previsto como suficiente à persecução penal, qual seja, quatro anos.

Por fim, diga-se que, com a prescrição da pena mais grave, esvai-se igualmente a punibilidade da pena mais leve (de multa).

Com essas considerações, dou parcial provimento às apelações, para reformar a sentença condenatória, reduzindo a pena privativa de liberdade para 02 (dois) anos de reclusão, e, de ofício, declaro extinta a punibilidade dos mesmos réus, em face da prescrição retroativa,

É como voto.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 76.319-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA
Apelante: UNIÃO FEDERAL
Apelados: CARMEN DE GOUVEIA E OUTROS
Advogada: DRA. KARLA REJANE ALMEIDA TEIXEIRA (APDOS.)

EMENTA: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. GRATIFICAÇÃO DE DESEMPENHO DE ATIVIDADE TRIBUTÁRIA – GDAT. MP Nº 1.915-1/99. SUPRESSÃO NOS PROVENTOS DOS SERVIDORES INATIVOS E PENSIONISTAS. MÁCULA À CF. - O § 5º do art. 16 da MP nº 1.915-1, que perdurou até a 2.175-29, cujos efeitos foram convalidados pela MP nº 46, de 25 de junho de 2002, ao vedar a extensão da GDAT às aposentadorias e pensões concedidas até 30 de junho/99 ou 30 de julho/99,

***observada a carreira ocupada, feriu os princípios constitucionais da isonomia, do direito adquirido, bem como o da irredutibilidade dos vencimentos/proventos. (Precedente do STF).
- Apelação e remessa oficial improvidas.
- Agravo retido prejudicado.***

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, em que figuram como partes as acima identificadas, decide a Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por maioria, negar provimento à apelação e à remessa oficial, julgando prejudicado o agravo retido, nos termos do relatório, do voto do Relator e das notas taquigráficas constantes dos autos, que passam a integrar o presente julgado.

Recife, 11 de março de 2003 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA:

Trata-se de apelação e remessa oficial em mandado de segurança impetrado por Carmen de Gouveia e outros, objetivando o direito à implantação da Gratificação de Desempenho de Atividade Tributária – GDAT em suas pensões, visto que a referida gratificação foi instituída pela Medida Provisória nº 1.915/99 e concedida, apenas, aos servidores da ativa, ferindo, deste modo, o disposto no art. 40 da Carta Magna.

O MM. Juízo *a quo* concedeu a segurança, para determinar ao impetrado a implantação da gratificação pleiteada, nas mesmas condições pagas aos servidores em atividade.

Em seu recurso, a apelante sustenta, em síntese, a impossibilidade de extensão da GDAT aos proventos dos impetrantes.

Contra-razões.

Às fls. 108/112, a União Federal interpôs agravo retido contra decisão que recebeu seu apelo apenas com efeito devolutivo.

Regularmente intimados, os impetrantes apresentaram resposta ao agravo.

Parecer do Ministério Público (fls. 127/147), opinando pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA (Relator):

A pretensão dos impetrantes foi dirigida no sentido de reconhecer o seu direito a perceber, como pensionistas, a Gratificação de Desempenho de Atividade Tributária – GDAT, instituída pela MP nº 1.915/99.

Ressalte-se, em princípio, que resta prejudicado o agravo retido interposto pela União Federal com o objetivo de atribuir o efeito suspensivo ao recurso de apelação, face ao julgamento do mesmo, o que passo a fazê-lo.

Sobre a matéria, não obstante este Relator já ter se posicionado em sentido contrário, hoje, analisando melhor a questão, entendo ser devida aos inativos a gratificação em comento, independentemente da data de concessão dos benefícios.

Com efeito, a MP nº 1.915/99 (redação primitiva), ao extinguir, em seu art. 7º, a Retribuição Adicional Variável – RAV, criada pela Lei nº 7.711/98 e incorporada aos proventos dos inativos, instituiu a Gratificação de Desempenho de Atividade Tributária – GDAT, estabelecendo, em seu artigo 11, que a mesma se estendia, inclusive, aos servidores aposentados e pensionistas.

No entanto, ao ser reeditada, em 29 de julho de 1999, a MP nº 1.915-1 (sua última edição foi a 2.175-29, de 24 de agosto de 2001), cujos efeitos foram convalidados pela MP nº 46/02, determinou, no § 5º do art. 16, que a referida gratificação não se aplicava às aposentadorias e às pensões concedidas até 30 de junho de 1999 a servidores da Carreira Auditoria da Receita Federal e, até 30 de

julho de 1999, a servidores da Carreira Auditoria-Fiscal da Previdência Social e Carreira Fiscalização do Trabalho.

Assim, não mais recebendo a RAV e fora do universo daqueles que passaram a receber a GDAT, tais aposentados e pensionistas sofreram verdadeira diminuição em seus proventos.

De mais a mais, considerando que houve, através da redação originária da MP nº 1.915/99, reconhecimento que a gratificação seria devida a todos os inativos, constato que o § 5º em análise ofendeu o art. 5º, XXXVI, da CF/88, uma vez que violou direito adquirido daqueles aposentados e pensionistas.

Há de se observar, ainda, que a GDAT é paga a todos os servidores em atividade, sem distinção, possuindo esta gratificação natureza genérica.

Destarte, detendo a vertente vantagem caráter de cunho geral, deve ser a mesma incorporada aos proventos dos aposentados e às pensões, sob pena de violação ao princípio constitucional da isonomia, consagrado no art. 40, § 8º, da CF/88.

Nesse sentido, já se posicionou o presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Carlos Velloso, ao apreciar a SS 1.889, j. em 05.02.2001, *in verbis*:

“Destaco da decisão proferida pelo eminente Juiz Tourinho Neto, Presidente do TRF/1ª Região, que indeferiu o pedido de suspensão da segurança: ‘(...) Na decisão em causa, o MM. Juiz *a quo* disse ter verificado “que entre a antiga vantagem - RAV - e aquela que a substituiu - GDAT - há indiscutível identidade, não se tendo como válidos os argumentos contrários no sentido de que esta última é própria da atividade. Mais. O próprio Executivo, na espúria função de legislador, reconheceu que não poderia simplesmente retirá-la dos proventos e pensões sem uma contrapartida, qual seja, estender a nova vantagem - GDAT - a este universo de destinatários. (V. MP 1.915/99 em sua primeira edição). (...) Não mais recebendo a vantagem extinta e fora do universo daqueles que passaram a receber a vanta-

gem substituta, os substituídos passaram a experimentar invencível redutibilidade dos proventos e pensões, em olímpico agravo às cláusulas constitucionais assecuratórias da irredutibilidade dessas rubricas”. (...) A Medida Provisória nº 1.915, em sua redação primitiva, consignou, em seu artigo 11, que “o disposto nesta Medida Provisória produz efeitos financeiros a partir de 1º de julho de 1999 e aplica-se aos proventos de aposentadoria e às pensões”. Entretanto, em sua reedição, em 29 de julho de 1999, houve a inserção, dentre outros dispositivos, do artigo 16, que, em seu parágrafo 5º, determinou que “o disposto neste artigo não se aplica às aposentadorias e pensões concedidas até 30 de junho de 1999 a servidores da Carreira Auditoria da Receita Federal e, até 30 de julho de 1999, a servidores da Carreira da Auditoria-Fiscal da Previdência Social e Carreira Fiscalização do Trabalho”. Assim, entendo que o Magistrado *a quo* apenas preservou uma situação inaugurada com a edição da primeira Medida Provisória, em 29 de junho de 1999, que previa, expressamente, a extensão das modificações introduzidas na Carreira da Auditoria-Fiscal aos inativos e pensionistas, que inclusive se apresentava de acordo com o artigo 40, parágrafo 8º, da Constituição Federal. Ademais, não há que se falar que inexistente redução de salário na hipótese, porquanto houve extensão da vantagem aos inativos e pensionistas, na primeira redação da Medida Provisória, que foi excluída nas edições posteriores, inclusive com restrições de ordem temporal. (...)’ (Fls. 61/62) A decisão está correta. É que, no caso, houve o reconhecimento de que a gratificação seria devida (Med. Prov. 1.915, redação primitiva). Na reedição da citada Med. Prov. 1.915, em 29.07.99, é que se pretendeu a retirada da gratificação objeto da causa, a GDAT. De outro lado, bem registrou o Juiz Tourinho Neto, ‘a situação reclama cuidadosa análise, a fim de que não se transforme em *periculum in mora* in-

verso, já que as verbas aqui tratadas se revestem do caráter alimentar, recomendando, por isto mesmo, a subsistência do ato decisório atacado'. Do exposto, indefiro o pedido”.

Com essas considerações, nego provimento à apelação e à remessa oficial, julgando prejudicado o agravo retido.

É como voto.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 78.830-RN

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA
Apelante: UNIÃO FEDERAL
Apelada: NAIDE MARIA VIEIRA GOMES
Advogados: DRS. VENÍCIO BARBALHO NETO E OUTROS (APDA.)

EMENTA: ADMINISTRATIVO. SINDICÂNCIA. ALEGAÇÃO DE NULIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO POR VÍCIOS DE ILEGALIDADE NO PROCEDIMENTO. PENA DE SUSPENSÃO CONVERTIDA EM MULTA. MÉRITO DO ATO.

- A Lei nº 8.112/90 não traça o procedimento a ser adotado para o processamento da sindicância, inexistindo, desta forma, ilegalidade do ato que determinou a designação de comissão composta por dois servidores para conduzi-la.

- Não há que se falar em cerceamento de defesa pelo deferimento de prazo de cinco dias para oferecimento de resposta, mormente quando ela foi efetivamente apresentada pela servidora. Alegação não concretamente descrita, nem demonstrada e sem associação a eventual prejuízo para a defesa eficiente da servidora.

- Não cabe ao Judiciário, se a pena aplicada se revela obediente ao princípio da legalidade, subs-

tituir o juízo próprio da Administração quanto ao chamado mérito do ato administrativo.

- Hipótese em que a sindicância foi instaurada por ter a apelada determinado, extrapolando os limites de sua competência, que não fossem transferidas as ligações para o setor no qual trabalhava, referente à marcação de consultas por telefone.

- Imposição, no caso, de pena de suspensão por cinco dias, convertida em multa, nos limites ditados pelo art. 130 da Lei nº 8.112/90, que dispõe: “a suspensão será aplicada em caso de reincidência das faltas punidas com advertência e de violação das demais proibições que não tipifiquem infração sujeita a penalidade de demissão, não podendo exceder de 90 (noventa) dias”.

- Apelação e remessa oficial providas.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em que figuram como partes as acima indicadas, decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, dar provimento à apelação e à remessa oficial, nos termos do voto do Relator e das notas taquigráficas, que passam a integrar o presente julgado.

Recife, 1º de abril de 2003 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA:

Trata-se de remessa oficial e apelação interposta pela União Federal contra sentença que concedeu a segurança impetrada por Naide Maria Vieira Gomes, para considerar inválido o ato punitivo a

ela imposto pela apelante, determinando, em consequência, que a sua situação funcional retorne ao estado anterior.

Aduz a apelante, em síntese, que a sindicância instaurada contra a apelada comprovou que a mesma, servidora civil do CATRE - Comando Aéreo de Treinamento, determinou que a Seção de Comunicação não transferisse ligações destinadas à marcação de consultas na Seção de Arquivos Médicos e Estatística - SAME, extrapolando os limites de sua competência, motivo pelo qual sofreu penalidade de suspensão por cinco dias, que foi convertida em multa.

Afirma que o procedimento adotado revestiu-se de todos os requisitos de validade, adequando-se perfeitamente à legislação pertinente.

Sustenta, ademais, que o Juízo monocrático, com acerto, reconheceu a improcedência dos argumentos da apelada no sentido de que a sindicância apresentaria vícios de nulidade decorrentes do fato de a comissão ser formada por apenas dois membros, bem como da inadequação do rito sumário. Não obstante, acrescenta, findou por conceder a segurança, sob o argumento de que “a autoridade não atentou para a proporcionalidade na aplicação da pena, desrespeitando, assim, o disposto no art. 128 da Lei nº 8.112/90”.

Defende que, ao contrário do que entendeu o Juízo sentenciante, não houve qualquer desrespeito ao mencionado artigo.

Ressalta que a pena de suspensão pode ser de até 90 dias e que, no caso em tela, foi de apenas 5, demonstrando que foram levadas em consideração as circunstâncias elencadas no artigo acima destacado, que não exige, por outro lado, que seja feita menção expressa a todas elas.

Acrescenta que o *decisum* não se limitou a verificar a legalidade do ato e que somente a autoridade administrativa competente pode adentrar no exame da penalidade a ser aplicada, nos limites da lei, o que ocorreu na hipótese.

Pede seja modificada a sentença monocrática, denegando-se a segurança.

Contra-razões apresentadas às fls. 118/120.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA (Relator):

Cuida a hipótese de verificar se a sindicância instaurada e a conseqüente penalidade imposta à servidora civil da apelante, vinculada ao CATRE - Comando Aéreo de Treinamento, obedeceu a todos os requisitos previstos na legislação específica.

Conforme se depreende da análise dos autos, o presente *mandamus* foi impetrado por ter a ora apelada entendido haver ilegalidades na sindicância que culminou com a imposição de penalidade a ela.

Entretanto, como bem observou o Magistrado *a quo*, a Lei nº 8.112/90 não traça o processamento a ser observado na sindicância, ao contrário do processo administrativo disciplinar, que prevê, entre outros, a necessidade de composição de uma comissão formada por 3 membros.

Inexiste, portanto, ilegalidade do ato que determinou a designação de uma comissão composta por dois servidores para conduzir a sindicância em discussão.

Pelo mesmo motivo, também não há que se falar em cerceamento do direito de defesa pelo deferimento de prazo de cinco dias para oferecimento de resposta, mesmo porque a apelada efetivamente a apresentou, exercendo o seu direito ao contraditório.

A alegação de cerceamento de defesa para ser acatada como causa de nulidade de processos judiciais ou administrativos há de demonstrar objetivamente o(s) ato(s) ou omissão(ões) que a caracteriza(m), explicitando ainda o prejuízo dele(s) decorrente(s), o que não ocorreu no presente caso.

No que se refere à aplicação da penalidade, como é sabido, ao Judiciário cabe, tão-somente, verificar se ocorreu dentro dos limites impostos pela legislação.

Dispõe o art. 130 da Lei nº 8.112/90, que “a suspensão será

aplicada em caso de reincidência das faltas punidas com advertência e de violação das demais proibições que não tipifiquem infração sujeita a penalidade de demissão, não podendo exceder de 90 (noventa) dias”.

No caso presente, como já destacado, foi aplicada a pena de suspensão de cinco dias, convertida em multa.

Desta forma, estando a pena aplicada inserta nos limites previstos no dispositivo legal supratranscrito, tenho que o Estado juiz não pode substituir o Estado administrador, modificando a pena imposta na sindicância.

Filio-me à corrente que sustenta a intangibilidade do mérito do ato administrativo disciplinar, ressalvado o controle judicial quanto à legalidade da punição. Somente diante da demonstração cabal de que o administrador se excedeu, desviando-se do poder que lhe é inerente de encontrar a “melhor” solução, é que o juiz se encontra autorizado a desconstituir a punição aplicada. Em outras palavras, a análise judicial acerca da punição não implica transferir para este os poderes administrativos, mas, sim, de afastar os abusos ou ilegalidades eventualmente praticados pelo administrador.

Nas circunstâncias, inexistente qualquer ilegalidade na sindicância que apurou a falta cometida pela apelada, não vejo como criticar a punição que restou aplicada.

Diante das considerações acima, dou provimento à remessa oficial e à apelação, para denegar a segurança. Custas pela impetrante.

É como voto.

**APELAÇÃO EM MANDADO
DE SEGURANÇA Nº 83.910-PE**

Relator: JUIZ FRANCISCO CAVALCANTI
Apelantes: FAZENDA NACIONAL E USINA SALGADO S/A
Apelados: OS MESMOS
Advs./Procs.: DRS. CARLA DE ALBUQUERQUE CAMARÃO E
OUTROS

EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. CRÉDITO-PRÊMIO. ART. 1º, II, DO DECRETO-LEI Nº 491/69. DECRETO-LEI Nº 1.658 DE 24 DE JANEIRO DE 1979. EXTINÇÃO GRADUAL ATÉ 30 DE JUNHO DE 1983. DECRETOS-LEIS NºS 1.722/79, 1.724/79 E 1.894/81 QUE PREVIA A REDUÇÃO, SUSPENSÃO E/OU EXTINÇÃO DO BENEFÍCIO POR ATO DO MINISTRO DA FAZENDA. VIOLAÇÃO AO ART. 81 DA C.F. 67/69. DECRETOS-LEIS NºS 1.724 E 1.894/91 DECLARADOS INCONSTITUCIONAIS PELO STF, NO QUE TANGE À DELEGAÇÃO DO PODER DE EXTINGUIR, REDUZIR OU SUSPENDER OS BENEFÍCIOS FISCAIS. (RE 186.623, RE 186.359 e RE 180.828). DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE QUE NÃO REPRISTINA NORMA REVOGADA, MAS DEVE A MESMA SER APLICADA POR SER A MESMA NORMA VÁLIDA. (PRECEDENTE DESTE TRIBUNAL INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA - AMS 64844-AL ACÓRDÃO PUBLICADO NO DJU EM 02.12.2002). APLICAÇÃO DO DECRETO-LEI Nº 1.658/79 QUE PREVIA EXTINÇÃO GRADUAL DO BENEFÍCIO (CRÉDITO-PRÊMIO) ATÉ 30 DE JUNHO DE 1983. EXTINÇÃO DO CRÉDITO-PRÊMIO EM 30 DE JUNHO DE 1983 (PRECEDENTE DO TRF DA 4ª REGIÃO: AMS 2002.71.07.016225-7/RS). CONCESSÃO DO CRÉDITO-PRÊMIO POR ATO DO MINISTRO DA FAZENDA ATÉ MARÇO DE 1985 (PORTARIA MINISTERIAL Nº 176/84).

MERA LIBERALIDADE DO FISCO. INEXISTÊNCIA DE NORMA POSTERIOR CONCEDENDO O BENEFÍCIO. ALEGAÇÃO DE MANUTENÇÃO DO CRÉDITO-PRÊMIO APÓS MARÇO DE 1985, SOB O ARGUMENTO DE REVOGAÇÃO DO DECRETO-LEI Nº 1.658 DE 24 DE JANEIRO DE 1979. INADMISSIBILIDADE. ART. 41 DO ADCT QUE PREVIA A VALIDADE DOS INCENTIVOS FISCAIS ATÉ DOIS ANOS DA ENTRADA EM VIGOR DA ATUAL CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INEXISTÊNCIA DE NORMA MANTENDO O BENEFÍCIO DO CRÉDITO-PRÊMIO ATÉ 05.10.1990. ALEGAÇÃO DE RESTAURAÇÃO DO BENEFÍCIO COM A VIGÊNCIA DA LEI Nº 8.402/92. IMPOSSIBILIDADE. O ART. 1º, III, DA LEI Nº 8.402/92 NÃO RESTAUROU O BENEFÍCIO DO CRÉDITO-PRÊMIO, QUE ERA PREVISTO NO ART. 1º, II, DO DECRETO 491/69. A LEI Nº 8.402/92 APENAS SE REFERE AO ART. 1º, INCISO I, DO DL Nº 491/69. O § 1º DO ART. 1º DA LEI Nº 8.402/92 PREVÊ A CONCESSÃO DOS INCENTIVOS FISCAIS À EXPORTAÇÃO PREVISTOS NO ART. 3º DO D.L. Nº 1.248, DE 29 DE NOVEMBRO DE 1972. NORMA EM SUA REDAÇÃO ORIGINAL QUE NÃO SE REFERE AO CRÉDITO-PRÊMIO. NORMA QUE DEVE SER INTERPRETADA EM SUA REDAÇÃO ORIGINAL, UMA VEZ QUE OUTROS INCENTIVOS CONCEDIDOS NA MESMA LEI Nº 8.402/92 EXPRESSAMENTE FIZERAM REFERÊNCIA AOS DISPOSITIVOS NORMATIVOS QUE ALTERARAM A NORMA LEGAL ORIGINAL. INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA NECESSÁRIA. BENEFÍCIO EXCEPCIONAL QUE NÃO PODE SER INTERPRETADO EXTENSIVAMENTE. INTERPRETAÇÃO LITERAL (ART. 111 DO CTN). PRETENSÃO DA IMPETRANTE DE OBTER, AINDA, A EXPEDIÇÃO DE DOCUMENTOS COMPROBATÓRIOS DE COMPENSAÇÃO (DCC'S). IMPOSSIBILIDADE. IMPETRANTE QUE POSSUI DÉBITOS PE-

RANTE A UNIÃO EM VALORES SUPERIORES AOS SEUS ALEGADOS CRÉDITOS. VEDAÇÃO PREVISTA NO ART. 7º, DO DECRETO-LEI Nº 2.287, DE 23 DE JULHO DE 1986 E ART. 2º DA LEI Nº 9.716/98 C/C ART. 15 DA I.N. 21/97 DA SRF.
- *Apelação da Fazenda Nacional e remessa oficial providas. Apelação da Impetrante improvida. Sentença reformada, ficando denegado, integralmente, o Mandado de Segurança impetrado.*

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os presentes autos, decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por maioria, dar provimento à apelação da Fazenda Nacional e à remessa oficial, e negar provimento à apelação da Impetrante, nos termos do relatório e voto anexos, que passam a integrar o presente julgamento. Vencido o Desembargador Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima.

Recife, 14 de outubro de 2003 (data do julgamento).

JUIZ FRANCISCO CAVALCANTI – Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ FRANCISCO CAVALCANTI:

A Fazenda Nacional e a Usina Salgado S/A apelaram da sentença lavrada pelo MM. Juiz Federal da 6ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco que entendeu por conceder, parcialmente, a segurança, *“apenas para reconhecer o direito de compensação dos créditos fiscais da Impetrante com os débitos consolidados em seu nome, junto à Fazenda Nacional, nos termos do art. 8º, § 4º, da Instrução Normativa nº 21/97, da Secretaria da Receita Federal – SRF”*.

Na inicial a Impetrante narrou, em suma, que por força dos Decretos-Leis nºs 491, de 05 de março de 1969, 1.248/72, 1.894/81, além da Lei nº 8.402/92, possuiria créditos do IPI (denominado crédito-prêmio), em razão das *“vendas do produto industrializado - açúcar - para o exterior”* (fls. 04). Disse que realizou os registros dos mencionados créditos em sua contabilidade, nos termos das

Instruções Normativas nºs 21/97 e 37/97. Afirmou que por força da Instrução Normativa nº 41/00 e do Ato Declaratório nº 31/99, da Secretaria da Receita Federal – SRF, a Autoridade Impetrada negou-se a admitir, como créditos, os mencionados valores recolhidos ao IPI. Alegou que as referidas normas administrativas seriam ilegais e inconstitucionais. Teceu considerações diversas e invocou jurisprudência.

Ao final requereu a concessão de liminar: *“...para o fim de não sofrer, a Impetrante, em face do justo receio que lhe sobrepara, qualquer coação, por parte da autoridade coatora, que venha a exigir-lhe o estorno e, via de consequência, impedir a utilização do crédito lançado em sua escrita fiscal, nas formas autorizadas pelas Instruções Normativas da Secretaria da Receita Federal de números 21/97, consolidada pela de nº 073, de 15.09.97, e na INSRF 37/97, determinando que se abstenha a digna Autoridade Coatora de cobrar da Impetrante, através de Auto de Infração, o valor do IPI acrescido de multa e correção, de forma abusiva e ilegal, ferindo, flagrantemente, o inarredável direito líquido e certo e sem nenhum óbice ao seu gozo, fazendo prevalecer o exercício do direito conferido no artigo 1º, do Decreto nº 491/69, determinando-se à honrada autoridade coatora a prática dos atos necessários à efetivação da medida; ...”*

Em seguida requereu a concessão da segurança definitiva, *“para o fim de consolidando a medida liminar deferida, reconhecer-se à Impetrante, em definitivo, o direito ao lançamento em seus livros fiscais e à utilização dos créditos de IPI decorrentes das exportações dos produtos industrializados de que trata o Decreto-Lei nº 491, de 05 de março de 1969, e legislação subsequente, sob a forma de compensação com débitos próprios e de terceiro e de ressarcimento, conforme autorizam as IN/SRF/ 21/97, 37/97 e 73/97”.*

O MM. Juiz Federal da 6ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco julgou parcialmente procedente o pleito formulado, no sentido de garantir à Impetrante o direito à compensação dos valores recolhidos a título de IPI, como indicado na inicial, no entanto, limitou o direito à compensação dos alegados créditos aos termos do art. 8º, § 4º, da Instrução Normativa nº 21 da Receita Federal - SRF

(que limita a emissão dos Documentos Comprobatórios de Compensação - DCC's - os quais podem ser negociados com terceiros - aos valores de seus créditos que supere seus débitos perante a União).

A sentença encontra-se fundamentada, basicamente, na assertiva de que o Decreto-Lei nº 1.724/79, que autorizava o Ministro da Fazenda a suspender, aumentar, reduzir ou extinguir o crédito-prêmio, seria inconstitucional, bem como que a Lei nº 8.042/92 teria restaurado o mencionado benefício.

A União interpôs a apelação de fls. 613/623, na qual suscitou preliminar de prescrição e, no mérito, alegou que o crédito-prêmio foi extinto, por força do Decreto-Lei nº 1.658, de 24 de janeiro de 1979, bem como que a Lei nº 8.042/92 não restaurou o mencionado benefício. Ao final requereu o provimento do seu recurso e a reforma da sentença atacada.

A Usina Salgado S/A interpôs apelação, fls. 627/633, pleiteando o direito à transferência dos alegados créditos do IPI a terceiros, invocando o disposto no art. 206 do CTN, sob a alegação de que *“a suspensão ou efetiva garantia dos débitos constituem situações que autorizam inequivocamente o direito perseguido”*. Teceu considerações diversas, invocou jurisprudência e, ao final, o provimento de seu recurso.

Houve apresentação de contra-razões, fls. 645/662 e 700/704, pela Impetrante e Fazenda Nacional, respectivamente, nas quais as Partes apresentaram argumentos visando manter a sentença na parte que lhes beneficia.

É o relatório.

Dispensou a revisão. Incluem-se em pauta.

VOTO

O SENHOR JUIZ FRANCISCO CAVALCANTI (Relator):

Durante a instrução do feito, a Fazenda Nacional suscitou preliminar de litispendência com o Mandado de Segurança nº 98.17766-3. No entanto, a preliminar foi implicitamente rejeitada pelo MM. Juízo Federal de 1º grau, fls. 507, e a Fazenda Nacional não interpôs recurso da referida decisão.

A litispendência é uma daquelas questões que o Magistrado pode suscitar *ex officio*, independente de alegação das Partes (art. 267, § 3º, do CPC). No caso, no entanto, não há ocorrência de litispendência. Examinando a petição inicial, invocada como paradigma pela Fazenda Nacional, verifica-se que a pretensão é diversa da formulada nestes autos. No MS nº 98.17766-3 a pretensão tinha por base o crédito de insumos, referido no art. 5º do Decreto nº 491/69. No presente feito trata-se de crédito-prêmio, que era previsto no art. 1º do Decreto nº 491/69. A própria Fazenda Nacional parece ter se afastado da preliminar suscitada quando não renovou a preliminar em sede de apelação. **De qualquer modo, indefiro a preliminar de litispendência.**

A preliminar de prescrição quinquenal suscitada pela Fazenda Nacional, em sede de apelação, merece ser examinada.

A prescrição rege-se, no caso, por não se questionar a legalidade do tributo ou se tratar de repetição de indébito, pelo Decreto nº 20.910/32, estando prescritos os créditos tributários invocados nos 5 (cinco) anos anteriores ao ajuizamento da presente ação. Salienta-se que o Contribuinte, ora Impetrante, não pagou mais do que lhe era devido, mas tão-só deixou de utilizar os alegados créditos que agora visa utilizar.

O Superior Tribunal de Justiça, em vários precedentes, vem se posicionando nesse sentido, como se observa pelo recente acórdão:

“Acórdão Origem: **STJ - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA** Classe: **AGRESP - AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL - 78524** Processo: **199500568080** UF: **DF** Órgão Julgador: **SEGUNDA TURMA** Data da decisão: **20/05/2003** Documento: **STJ000490548** Fonte **DJ DATA: 16/06/2003 PÁGINA: 268**

Relator(a) **JOÃO OTÁVIO DE NORONHA**
Decisão: Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEGUNDA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, com ressalva do Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins, negar pro-

vimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins, Eliana Calmon e Franciulli Netto votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Eliana Calmon.

Ementa: TRIBUTÁRIO. AGRAVO (ART. 545, CPC). IPI. CRÉDITO-PRÊMIO. PRESCRIÇÃO. 1. Encontrando-se a decisão confrontada em perfeita harmonia com a jurisprudência cristalizada no Superior Tribunal de Justiça, o agravo não merece sucesso. 2. **A prescrição dos créditos fiscais decorrentes do crédito-prêmio do IPI é quinquenal, contada a partir do ajuizamento da ação.** 3. **Precedentes iterativos, inclusive da Primeira Seção.**

4. Agravo não provido. Data Publicação: **16/06/2003**".

Dessa forma, **decreto a prescrição dos pretensos créditos recolhidos do IPI nos cinco anos anteriores ao ajuizamento da presente demanda.**

O exame de mérito se impõe.

O Crédito-Prêmio do IPI surgiu com o Decreto-Lei nº 491, de 05 de março de 1969 (*DOU* de 06/03/1969), que dispunha em seu artigo 1º:

"Art. 1º - As empresas fabricantes e exportadoras de produtos manufaturados gozarão, a título de estímulo fiscal, créditos tributários sobre suas vendas para o exterior, como ressarcimento de tributos pagos internamente.

§ 1º Os créditos tributários acima mencionados serão deduzidos do valor do Imposto sobre Produtos Industrializados incidente sobre as operações no mercado interno.

(revogado pelo Decreto-Lei nº 1.722, de 04/12/79)

§ 2º Feita a dedução, e havendo excedente de crédito, poderá o mesmo ser compensado no pagamento de outros impostos federais, ou aproveitado nas formas indicadas por regulamento.

(revogado pelo Decreto-Lei nº 1.722, de 04/12/79)".

O Crédito-Prêmio do IPI nasceu como mecanismo de incentivo às exportações, mas que foi extinto por não se adequar às exigências atuais do mercado internacional.¹

O Decreto-Lei nº 1.658, de 24 de janeiro de 1979, foi editado visando a extinção gradual do crédito-prêmio, no período de janeiro de 1979 a março de 1983².

No entanto, antes que a extinção total ocorresse, foi editado o Decreto-lei nº 1.722, de 03 de dezembro de 1979, que, em seu art. 3º, passou a dispor:

“Art. 3º. O parágrafo 2º do artigo 1º do Decreto-lei nº 1.658, de 24 de janeiro de 1979, passa a vigorar com a seguinte redação:

.....
§ 2º O estímulo será **reduzido** de vinte por cento em 1980, vinte por cento em 1981, vinte por cento em 1982 e de dez por cento até 30 de junho de 1983, de acordo **com ato do Ministro de Estado da Fazenda**”. (grifos inexistentes no original).

O Decreto-Lei nº 1.724, de 07 de dezembro de 1979, por sua vez, passou a dispor:

¹ “... O ‘crédito-prêmio de IPI’ (Imposto sobre Produtos Industrializados) foi instituído em 1969 pelo Decreto-Lei 491. O objetivo da medida era estimular as exportações. Os exportadores recebiam do governo créditos fiscais, mais tarde convertidos em prêmios em dinheiro. Na década de 70, graças ao subsídio, o Brasil foi acusado de praticar concorrência desleal no âmbito do Gatt (Acordo Geral de Tarifas e Comércio, de 1947, hoje incorporado às regras da Organização Mundial do Comércio, criada em 1995).

Decidiu-se então editar, em 1979, o Decreto-Lei 1.658. Estabeleceu que o ‘crédito-prêmio de IPI’ seria extinto em junho de 1983. A concorrência internacional não se deu por satisfeita. Produtos brasileiros como calçados e fios de algodão foram sobretaxados. O que forçou o governo federal a baixar, ainda em 1979, outro Decreto-Lei, o 1.724. Ele conferiu poderes ao Ministro da Fazenda para baixar ou elevar o prêmio, ao sabor da conjuntura. Os exportadores passaram a questionar os poderes atribuídos ao titular do Ministério da Fazenda. Em decisão de novembro de 2001, o STF (Supremo Tribunal Federal) considerou inconstitucional a delegação conferida pelo Decreto 1.724. (<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/brasil/fc0111200246.htm>, capturado em 15.09.2003).

² “DECRETO-LEI Nº 1.658 – DE 24 DE JANEIRO DE 1979 – DOU DE 24/01/79.

“Art 1º O Ministro de Estado da Fazenda fica autorizado a **aumentar ou reduzir, temporária ou definitivamente, ou extinguir** os estímulos fiscais de que tratam os artigos 1º e 5º do Decreto-lei nº 491, de 5 de março de 1969”. *(grifos indicando os termos declarados inconstitucionais pelo STF: RE 186.623 em 26.11.2001 e RE 186.359 e RE 180.828)*

O art. 3º, I, do Decreto-Lei nº 1.894, de 1981, nessa mesma linha, trouxe a seguinte redação:

Art. 3º - O Ministro da Fazenda fica autorizado, com referência aos incentivos fiscais à exportação, a:

I - estabelecer prazo, forma e condições, para sua fruição, bem como **reduzi-los**, majorá-los, **suspender-los ou extingui-los**, em caráter geral ou setorial;” *(grifos indicando os termos declarados inconstitucionais pelo STF: RE 180.828).*

Como se pôde observar, as normas editadas com a finalidade de conceder poderes ao Ministro da Fazenda para extinguir, suspender ou reduzir isenções foram consideradas inconstitucionais pelo STF.

Extingue o estímulo fiscal de que trata o artigo 1º do Decreto-lei nº 491, de 5 de março de 1969.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso de suas atribuições e tendo em vista o disposto no art. 55, item II, da Constituição,

DECRETA:

Art. 1º O estímulo fiscal de que trata o artigo 1º do Decreto-lei nº 491, de 5 de março de 1969, será reduzido gradualmente, até sua definitiva extinção.

§ 1º Durante o exercício financeiro de 1979, o estímulo será reduzido:

- a) a 24 de janeiro, em 10% (dez por cento);
- b) a 31 de março, em 5% (cinco por cento);
- c) a 30 de junho, em 5% (cinco por cento);
- d) a 30 de setembro, em 5% (cinco por cento);
- e) a 31 de dezembro, em 5% (cinco por cento).

§ 2º A partir de 1980, o estímulo será reduzido em 5% (cinco por cento) a 31 de março, a 30 de junho, a 30 de setembro e a 31 de dezembro, de cada exercício financeiro, até sua total extinção a 30 de junho de 1983”.

O seguinte precedente do STF é claro nesse sentido:

“RE 175371/RS - RIO GRANDE DO SUL
RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator(a): Min.
MOREIRA ALVES

Julgamento: 08/10/2002 Órgão Julgador: Primeira
Turma

Publicação: DJ DATA: 14-11-2002 PP-00035
EMENT VOL-02091-02 PP-00337

EMENTA: Recurso extraordinário. Crédito-prêmio. - O Plenário desta Corte, ao terminar o julgamento do RE 186.623 em 26.11.2001 (bem como do RE 186.359), o qual versava questão análoga à presente, declarou a inconstitucionalidade da expressão “ou extinguir”, constante do artigo 1º do Decreto-Lei nº 1.724, de 7 de dezembro de 1979. - No julgamento do RE 180.828, também em decisão do Plenário, esta Corte declarou a inconstitucionalidade da expressão “ou reduzir, temporária ou definitivamente, ou extinguir” do artigo 1º do Decreto-Lei nº 1.724, de 7 de dezembro de 1979, e a inconstitucionalidade das expressões “reduzi-los” e “suspendê-los ou extingui-los” do inciso I do artigo 3º do Decreto-Lei nº 1.894, de 16 de dezembro de 1981. Recurso extraordinário conhecido pela letra “b” do inciso III do art. 102 da Constituição, mas não provido.

Observação Votação: unânime. Resultado: desprovido. Acórdãos citados: RE-180828, RE-186359, RE-186623. N. PP.: (06). Análise: (DMV). Revisão: (FLO). Inclusão: 13/08/03, (SVF). Alteração: 15/08/03, (SVF)”.

Embora a declaração de inconstitucionalidade *incidenter tantum* não vincule partes outras que não aquelas que compuseram os autos, não se pode desconsiderar o pronunciamento da mais alta Corte no País, que, em última análise, possui o posicionamento final sobre matéria constitucional.

Qual é o efeito, portanto, da declaração de inconstitucionalida-

de dos dispositivos acima referidos? Para uma parte da jurisprudência pátria teria o efeito de tornar inaplicáveis os Decretos-Leis nºs 1.722/79 e 1.658/79 e restaurar o benefício do crédito do IPI sem definição de prazo. Nesse sentido registram-se precedentes da 1ª e 2ª Turmas do STJ (AGRESP 433661/CE e AGRESP 400432/DF, respectivamente).

Discordo, no entanto, dos referidos precedentes emanados daquela Corte Nacional.

Interpretando os precedentes do Supremo Tribunal Federal acima referidos, posiciono-me de modo diverso.

As normas declaradas inconstitucionais pelo STF, todas elas, destaca-se, tinham por finalidade reduzir, extinguir ou suspender a isenção do crédito-prêmio. Logicamente se as normas foram declaradas inconstitucionais não se pode interpretar, por óbvio, que o crédito-prêmio teria sido restaurado, pela declaração de inconstitucionalidade desses dispositivos. A declaração de inconstitucionalidade, portanto, consignou que todos os atos editados pelo Governo Federal com a finalidade de extinguir, suspender ou reduzir o crédito-prêmio são inválidos, mas em momento algum fulminou de inconstitucional a extinção anunciada do crédito-prêmio, marcada para 30 de junho de 1983, nos termos do art. 1º, § 2º, do Decreto-Lei nº 1.658 - de 24 de janeiro de 1979, que de forma clara dispôs: “... § 2º *A partir de 1980, o estímulo será reduzido em 5% (cinco por cento) a 31 de março, a 30 de junho, a 30 de setembro e a 31 de dezembro, de cada exercício financeiro, até sua total extinção a 30 de junho de 1983*”. (grifos inexistentes no original).

O art. 3º do D.L. 1.722/79, ao alterar a redação do § 2º do art. 1º do D.L. nº 1.658/79, manteve, no entanto, o fim do benefício em 30 de junho de 1983 (*somando-se os percentuais de redução no ano de 1979, com os percentuais de redução nos anos de 1980 até março de 1983, obtêm-se a extinção de 100% do crédito-prêmio*). Deve-se observar, pela lógica interpretação da declaração de inconstitucionalidade do STF, que o Decreto-Lei nº 1.722, em seu art. 3º, também se apresenta inconstitucional, no trecho que concede ao Ministro de Estado, por seu ato administrativo, o poder de reduzir o benefício do crédito-prêmio.

A declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos que

concediam poderes ao Ministro da Fazenda, para a extinção do benefício, **não resultaram na manutenção do benefício indefinidamente**, mas tiveram como efeito a manutenção do regramento previsto no D.L. nº 1.658/79. Em verdade, a inconstitucionalidade declarada pelo STF diz respeito, tão-só, à extrapolação dos limites da delegação realizada.

A norma declarada inconstitucional **não resulta na repristinção da norma revogada, mas tão-só na aplicação da norma válida e a norma válida é aquela que determinava a extinção do benefício, independentemente de qualquer ato do Ministro da Fazenda em 30 de junho de 1983**. O STF, entendendo tratar-se de repristinção, em situação assemelhada, vem se posicionando pela manutenção dos efeitos da norma anterior. Nesse sentido registrem-se os seguintes precedentes do STF: ADI 2224/DF - DISTRITO FEDERAL (Publicação: DJDATA-13-06-2003 PP-00008 EMENT VOL-02114-02 PP-00252) e ADI-567 (RTJ-138/60).

Devo ressaltar que esta Corte, em Incidente de Uniformização de Jurisprudência (AMS 64844-AL Acórdão publicado no DJU em 02.12.2002), na qual tive a oportunidade de ser Relator para o Voto Condutor, acolheu o entendimento acima esposado, no caso da interpretação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade do art. 25, § 2º, da Lei nº 8.870/94, que alterou a contribuição previdenciária prevista no art. 22 da Lei nº 8.212/91 (contribuição social dos empregadores rurais), resultando, portanto, na manutenção dos efeitos da norma anterior (que fora revogada por norma inconstitucional).

Nesse sentido invoco o Voto exarado naquela oportunidade como razão de decidir:

“Sr. Presidente, como a matéria é de extremo relevo e meu posicionamento é diferente, farei um pequeno histórico.

Nosso sistema de Controle de Constitucionalidade começou com a Carta de 1891, com o controle difuso do direito norte-americano e o reconhecimento no caso concreto sem efeitos erga omnes.

Com a Carta de 1934 veio a modificação consistente que após a decisão do Supremo Tribunal Federal,

em recurso extraordinário, seria o Senado da República comunicado e este suspenderia, sem efeito retroativo, com efeito erga omnes. Esse modelo por via do controle incidental continua, estando, inclusive, na previsão do art. 52, X, da Constituição, que diz: ('Compete privativamente ao Senado suspender a execução no todo ou em parte, da lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal'). O Supremo Tribunal Federal, inclusive, na década de 70, com a introdução do modelo de controle concentrado, decidiu que esse tipo de dispositivo, que vem reproduzido desde a Carta de 1934, não se aplicava a controle concentrado. Quando nós tivemos a adoção do Sistema de Controle Concentrado, inicialmente, pela apresentação de inconstitucionalidade, e depois, na vigência da Carta atual, com a ADIN e a ADC, ficou claro que nós optamos pelo sistema declaratório. Existem dois sistemas de controle concentrado de constitucionalidade: um é o constitutivo, o qual está presente em alguns países europeus, onde a lei inconstitucional continua em vigor até que a decisão venha da Corte Constitucional e considere inconstitucional, e, nesse caso, e dali por diante, ou seja, não retroage. O outro tipo de sistema é o nosso, em relação ao qual a decisão é declaratória e, logo, retroage, porque é o reconhecimento de fato pretérito. Discutiu-se muito se esse sistema, vigoroso como era, não implicaria em afetar situações já consolidadas e não se poderia falar em ato jurídico perfeito, porque não há ato jurídico perfeito com base em uma lei inconstitucional. Seria ato jurídico aparentemente perfeito.

Alguns sistemas jurídicos, por exemplo, o sistema alemão, o sistema português, optaram por uma competência da Corte Constitucional e só a ela, de limitar os efeitos da declaração. Seria a declaração de inconstitucionalidade sem declaração de nulidade com efeitos pretéritos, inclusive o Gilmar Ferreira

Mendes, inspirado no modelo alemão, tentou, doutrinariamente, influenciar o Supremo para que pudesse assim agir antes da existência da Lei nº 9.868, que é lei que regula a ADIN e a ADC.

Não conseguiu influenciar a Corte Suprema, doutrinariamente, mas conseguiu influenciar o legislador e o legislador deu uma competência ao Supremo, e só ao Supremo, excepcionalmente, dizendo assim: 'Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo, e tendo em vista as razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de 2/3 dos seus membros, ou seja, só o Supremo e só por 2/3 dos seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir do seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado'.

Ou seja, toda decisão em ADIN ou ADC tem efeito declaratório e, por conseguinte, atinge lá na origem a lei declarada inconstitucional. Só, excepcionalmente, discute-se a inconstitucionalidade desse dispositivo, os autores criticam porque foi violação de preceito constitucional que a ação é declaratória, mas é óbvio que o Supremo não vai declarar inconstitucional, é uma discussão de fato, um artigo que dá força tão grande.

O Supremo até hoje não se valeu dele para norma nenhuma, ou seja, a regra qual é? Nenhum outro Tribunal pode limitar os efeitos da declaração. Significa dizer que todo reconhecimento de inconstitucionalidade em ação declaratória, quer de inconstitucionalidade, quer de constitucionalidade, tem os efeitos retroagidos.

Se existem os dispositivos normativos que revogam o dispositivo anterior ou revogam em parte e ele é fulminado inconstitucional, resta não por reconstituição mas por validade da norma que o alterou.

Aplicando tudo isso a esse caso, o que se tem? Havia a previsão da Lei nº 8.212/91 que estabelecia

o sistema mais favorável, como disse o Desembargador Federal Castro Meira, as empresas que mantinham uma relação regular de trabalho com os empregados e não é comum na nossa agroindústria. Com a restauração do sistema da Lei nº 8.212/91, que em princípio pareceria ser um sistema menos oneroso, o outro sistema só é mais oneroso para quem não cumpria a legislação trabalhista anterior. O que resta? Resta a obrigação de cumprir a lei válida. E qual a lei válida? A que não foi regularmente afastada do mundo jurídico, que é a Lei nº 8.212/91.

Ora, se assim é, o fisco tem o direito de cobrar aquilo que é exigido pela Lei nº 8.212/91, só não tem direito de cobrar os acréscimos, multa, penalidades considerando a boa-fé dos Contribuintes, ante a fundada dúvida do tributo devido (art. 112 do CTN).

No caso, aplicando-se a essa situação a atuação da Previdência Social em cobrar eventual diferença do que foi pago pela Lei nº 8.212 é de acordo com a Constituição.

Se assim não for, leva-se à seguinte situação. O período em que se pagou com base na lei nova, poderia se exigir repetição, porque a lei é inconstitucional.

E não poderia se dizer que estaria se pagando parte do 8.212/91, porque estaria se entendendo que ela não pode ter aplicação retroativa. Ficaria um período de vários anos em que nem contribuía de uma maneira, nem de outra e o art. 195 da Constituição estaria afastado por esse jogo de situações jurídicas.

Parece-me que, no caso concreto, eu nem me filio a uma posição de que não teria a obrigação de pagar e nem me filio à posição de que a norma seria feita daqui para frente, filio-me, sim, àquilo que me parece ser a previsão constitucional e por força da expressa previsão do art. 27 da Lei nº 9.868.

Se o Supremo, por dois terços, não disse que era

para limitar os efeitos é porque é para aplicar e para aplicar como? Nos termos da Constituição, retroagindo com todos os efeitos, benéficos ou maléficos, para quem quer que seja. Porque não é aplicar retroativamente, é o reconhecimento de que a norma preexistente continuava valendo. E assim é, a Lei nº 8.212/91 prevalece e toda a diferença cobrada com ela é válida e tem pertinência. É como voto, Sr. Presidente, pedindo vênias ao Relator e aos que o acompanharam”.

Dessa forma, inquestionável, portanto, que o Decreto-Lei nº 1.658/79 deve ser aplicado, constatando-se a extinção do mencionado benefício (crédito-prêmio) em 30 de junho de 1983.

No entanto, os dispositivos que alteraram o Decreto-Lei nº 1.658, de 24 de janeiro de 1979 (*DOU* de 24.01.79), não apenas previam a redução, extinção e suspensão da isenção do crédito-prêmio como também estabeleceram a possibilidade de aumento/prorrogação das isenções (DL 1.724/79, art. 1º, e DL nº 1.894/81, art. 3º, I, respectivamente).

O Ministro da Fazenda editou Portarias prevendo a prorrogação do benefício, destacando-se a Portaria Ministerial nº 176/84 que estendeu o crédito-prêmio até 1º de maio de 1985, tendo sido usufruído o benefício pelas empresas exportadoras, caracterizando-se a concessão do benefício em mera liberalidade estatal, não podendo, logicamente, as Portarias revogarem o Decreto-Lei nº 1.658/79, norma hierarquicamente superior. Após essa data, no entanto, não há qualquer norma que conceda o mencionado benefício do crédito-prêmio, tendo o mesmo sido extinto pelo D.L. nº 1.658/79.

Além da extinção do crédito-prêmio pela norma acima mencionada, cabe observar-se a previsão do art. 41 do ADCT que, expressamente, considerou revogados todos os incentivos que não tivessem sido confirmados após dois anos de vigência da atual Constituição, no caso em 05.10.90. Como até essa referida data não foi editada qualquer norma confirmatória do mencionado benefício, a partir de então, pelo exposto texto constitucional, não mais se poderia suscitar o direito ao mencionado crédito-prêmio.

Defende-se, outrossim, que o crédito-prêmio teria sido restaurado pela Lei nº 8.402, de 08 de janeiro de 1992. Também o argumento não convence. Analisando-se os cinco artigos da referida Lei, verifica-se que a norma, em momento algum, concede ou restaura o crédito-prêmio.

O art. 1º, inciso III, embora faça menção ao Decreto-Lei nº 1.894, de 16 de dezembro de 1981, apenas referiu-se ao benefício previsto no inciso I do art. 1º do Decreto-Lei nº 1.894/81 e não ao benefício previsto no seu inciso II (*que se liga ao art. 1º do Decreto-Lei nº 491, de 05 de março de 1969 - crédito prêmio*).

Nesse sentido convém suscitar trecho de sentença prolatada pela Meritíssima Juíza Federal Substituta Joana Carolina Lins Pereira da Seção Judiciária de Pernambuco, cujo trecho da sentença, referente à questão, passo a transcrever:

“O aspecto central do raciocínio aqui exposto consiste em observar que a Lei nº 8.402/92 restabeleceu, expressamente, apenas o incentivo previsto no artigo 1º, I, do citado Decreto-Lei nº 1.894/81, suso-transcrito, não se referindo, em nenhum momento, ao incentivo mencionado no inciso II (o crédito-prêmio). A Lei nº 8.402/92 somente restabeleceu o incentivo do inciso I do artigo 1º, e o crédito-prêmio se acha encartado no inciso II.

Reitere-se que a distinção entre os incentivos dos incisos I e II, ambos do artigo 1º do citado Decreto-Lei nº 1.894/81, consiste no seguinte: no incentivo do inciso I do citado artigo 1º, a empresa é autorizada a aproveitar os créditos do IPI que forem acumulados na aquisição dos produtos a serem exportados (refere-se, portanto, à operação de entrada); no incentivo do inciso II do citado artigo 1º, concede-se à empresa um crédito correspondente ao IPI que seria pago na operação de saída do produto (o IPI não incide na saída do produto, à conta da imunidade constitucional sobre exportações e a empresa ainda recebe um crédito-prêmio de IPI, calculado com base na alíquota vigente para o mercado inter-

no; vale dizer, a empresa é beneficiada duplamente: com a imunidade e com o crédito-prêmio)”.

Observa-se, no entanto, no § 1º do art. 1º, da Lei nº 8.402/92, o seguinte dispositivo:

“§ 1º É igualmente restabelecida a garantia de concessão dos incentivos fiscais à exportação de que trata o art. 3º do Decreto-Lei nº 1.248, de 29 de novembro de 1972, ao produtor-vendedor que efetue vendas de mercadorias a empresa comercial exportadora, para o fim específico de exportação, na forma prevista pelo art. 1º do mesmo diploma legal”.

O mencionado art. 3º do Decreto-Lei nº 1.248, de 29 de novembro de 1972, dispunha em sua redação original:

“Art. 3º São assegurados ao produtor-vendedor, nas operações de que trata o artigo 1º deste Decreto-Lei, os benefícios fiscais concedidos por Lei para incentivo à exportação”.

A redação, no entanto, foi alterada pelo Decreto-Lei nº 1.894, de 16 de dezembro de 1981, que dispôs em seu art. 2º:

“Art. 2º O artigo 3º do Decreto-Lei nº 1.248, de 29 de novembro de 1972, passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 3º - São assegurados ao produtor-vendedor, nas operações de que trata o artigo 1º deste Decreto-Lei, os benefícios fiscais concedidos por lei para incentivo à exportação, à exceção do previsto no artigo 1º do Decreto-lei nº 491, de 05 de março de 1969, ao qual fará jus apenas a empresa comercial exportadora”.

Caberia perquirir se a Lei nº 8.402/92 referiu-se à redação original do Decreto-Lei nº 1.248/72 ou com as alterações do Decreto-Lei nº 1.894/81?

Penso que a Lei nº 8.402, de 08 de janeiro de 1992, não restaurou o crédito-prêmio do IPI, uma vez que o incentivo fiscal restaurado foi aquele da redação original do art. 3º do Decreto-Lei nº

1.248, de 29 de novembro de 1972 (*art. 3º São assegurados ao produtor-vendedor, nas operações de que trata o artigo 1º deste Decreto-Lei, os benefícios fiscais concedidos por Lei para incentivo à exportação* - grifos inexistentes no original), que não previa a concessão de benefício de crédito-prêmio, mas apenas a concessão dos benefícios previstos no art. 1º do DL nº 1.248/72³ que não se enquadram como crédito-prêmio.

Destaca-se que a Lei nº 8.402/92 concedeu/restaurou outros benefícios fiscais definindo, expressamente, no entanto, quais dispositivos normativos seriam aplicados e delimitou, também, se o benefício se aplicaria na redação original da lei (hipótese em foco) ou, em outras hipóteses, definiu a concessão do benefício com aplicação de alterações posteriores expressamente consignadas.

Confiram-se os exemplos dos incisos X e XV do art. 1º da Lei nº 8.402/92:

“X - isenção do Imposto de Renda na Fonte incidente sobre as remessas ao exterior de juros devidos por financiamentos à exportação, de que tratam o art. 1º do Decreto-Lei nº 815, de 4 de setembro de 1969, **com a redação dada** pelo art. 87 da Lei nº 7.450, de 23 de dezembro de 1985, e o art. 11 do Decreto-Lei nº 2.303, de 21 de novembro de 1986;

.....
XV - isenção do Imposto sobre Produtos Industriali-

³ Decreto-Lei nº 1.248/72. Art. 1º As operações decorrentes de compra de mercadorias no mercado interno, quando realizadas por empresa comercial exportadora, para o fim específico de exportação, terão o tratamento tributário previsto neste Decreto-lei.

Parágrafo único. Consideram-se destinadas ao fim específico de exportação as mercadorias que forem diretamente remetidas do estabelecimento do produtor-vendedor para:

- a) embarque de exportação por conta e ordem da empresa comercial exportadora;
- b) depósito entreposto, por conta e ordem da empresa comercial exportadora, sob regime aduaneiro extraordinário de exportação, nas condições estabelecidas em regulamento.

zados para as embarcações com a respectiva manutenção, de que trata o § 2º do art. 17 do Decreto-Lei nº 2.433, de 19 de maio de 1988, com a **redação dada** pelo Decreto-Lei nº 2.451, de 29 de julho de 1988”. (Grifos inexistentes no original).

No caso do § 1º do art. 1º da Lei nº 8.402/92 não há qualquer referência às alterações normativas, de modo que o referido dispositivo, pela própria análise da norma em comento, se referiu à redação original do Decreto-Lei nº 1.248, de 29 de novembro de 1972, **não restaurando, portanto, o chamado crédito-prêmio**.

Deve-se observar, ainda, que se a Lei nº 8.402/92 quisesse restaurar o benefício do crédito-prêmio teria incluído o inciso II do art. 1º do DL nº 1.894, de 16 de dezembro de 1981, quando redigiu o seu art. 1º, III. Não o fez, contudo. A mencionada Lei não faz qualquer referência ao crédito-prêmio.

De qualquer modo, por se tratar de regra excepcional de concessão de benefício, não há como aplicá-la extensivamente, devendo ser interpretada literalmente. Nesse sentido registra-se o posicionamento de Hugo de Brito Machado: “*O direito excepcional deve ser interpretado literalmente, e este princípio de hermenêutica justifica a regra do art. 111, do CTN, impondo a interpretação literal*”. (Curso de Direito Tributário, 21ª ed., Malheiros, 2002, p.104).

Cabe invocar recente pronunciamento lavrado pela 2ª Turma do TRF da 4ª Região:

“TRF nega aproveitamento de crédito-prêmio do IPI

terça 30|09|2003

A 2ª Turma do Tribunal Regional Federal (TRF) da 4ª Região negou na última semana, por unanimidade, pedido da Tropical Lumber Comercial de Madeiras para que a Receita Federal não impedisse a utilização do crédito-prêmio do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) dos últimos cinco anos, corrigidos pela taxa Selic. A decisão do TRF confirma a sentença da 1ª Vara Federal de Caxias do Sul (RS), que havia julgado improcedente o pedido em abril deste ano.

A Tropical Lumber recorreu ao TRF contra a sentença. No entanto, o relator do processo no tribunal, Desembargador Federal Dirceu de Almeida Soares, lembrou que o crédito-prêmio do IPI, instituído pelo Decreto-Lei (DL) 491/69, que beneficiava o setor industrial exportador, 'foi reduzido gradualmente a partir de 1979, até ser extinto em junho de 1983'. Assim, o magistrado negou o recurso, mantendo em vigor a decisão da Justiça Federal caxiense.

O crédito-prêmio era um estímulo fiscal por meio do qual eram concedidos às empresas fabricantes e exportadoras créditos tributários sobre suas vendas para o exterior, que podiam ser abatidos do IPI devido. **AMS 2002.71.07.016225-7/RS**".

(http://www.trf4.gov.br/trf4/noticias/noticia_final.php?id=3539, capturado em 01/10/2003)

A alegação da Impetrante de que o Ato Declaratório nº 31/99 e a Instrução Normativa nº 41/2000 seriam inconstitucionais ou ilegais, por vedarem a compensação de valores recolhidos a título de crédito-prêmio, se esvazia, por completo, considerando que pelas diversas razões analisadas não há como cancelar a pretensão da Impetrante.

Quanto ao pleito da Apelante Usina Salgado S/A: de obter a compensação dos seus alegados créditos do IPI, sem os limites da Instrução Normativa nº 21/97 da Secretaria da Receita Federal - SRF, é de se observar que durante a instrução do feito a Fazenda Nacional apresentou documentos, às fls. 566/573, os quais demonstram que a Impetrante possui débitos perante a União, superiores aos próprios alegados créditos do IPI. Dessa forma, mesmo se a Impetrante possuísse algum crédito a compensar cancelado neste feito, o que não há no caso em foco, teria que se pautar pelas regras da mencionada Instrução Normativa que impede, legitimamente, a expedição dos desejados Documentos Comprobatórios de Compensação - DCC's.

A referida Instrução Normativa nº 21/97 assim dispõe em seu art. 15:

*“Art. 15. A parcela do crédito a ser restituído ou ressarcido a um contribuinte, **que exceder o total de seus débitos**, inclusive os que houverem sido parcelados, **poderá ser utilizada para a compensação com débitos de outro contribuinte**, inclusive se parcelado.*

§ 1º A compensação de que trata este artigo será efetuada a requerimento dos contribuintes titulares do crédito e do débito, formalizado por meio do formulário “Pedido de Compensação de Crédito com Débito de Terceiros”, de que trata o Anexo IV.

§ 2º Se os contribuintes estiverem sob jurisdição de DRF ou IRF-A diferentes, o formulário a que se refere o parágrafo anterior deverá ser preenchido em duas vias, devendo cada contribuinte protocolizar uma via na DRF ou IRF-A de sua jurisdição.

§ 3º Na hipótese do parágrafo anterior, a via do Pedido de Compensação de Crédito com Débito de Terceiros, entregue à DRF ou IRF-A da jurisdição do contribuinte titular do débito, terá caráter exclusivo de comunicado.

§ 4º Na hipótese do § 2º, a competência para analisar o pleito, efetuar a compensação e adotar os procedimentos internos de que trata o § 2º do art. 13 é da DRF ou IRF-A da jurisdição do contribuinte titular do crédito.

§ 5º Nas compensações de que trata este artigo, o Documento Comprobatório de Compensação de que trata o Anexo V será emitido em duas vias, devendo ser entregue uma via para cada contribuinte.

§ 6º A utilização de crédito decorrente de sentença judicial, transitada em julgado, para compensação, somente poderá ser efetuada após atendido o disposto no art. 17”.

A referida Instrução Normativa nº 21/97 nada mais fez que cumprir o disposto no art. 7º, do Decreto-Lei nº 2.287, de 23 de julho de 1986, o qual, expressamente, consigna que a restituição, ressarcimento ou compensação de créditos do contribuinte será

feita nos débitos que o mesmo tenha perante a União, total ou parcialmente, desde que haja ou não créditos excedentes.

Eis o diploma normativo:

“Art. 7º A Secretaria da Receita Federal, antes de proceder a restituição ou ao ressarcimento de tributos, deverá verificar se o contribuinte é devedor à Fazenda Nacional.

§ 1º Existindo débito em nome do contribuinte, o valor da restituição ou ressarcimento será compensado, total ou parcialmente, com o valor do débito.

***§ 2º O Ministério da Fazenda disciplinará a compensação prevista no parágrafo anterior”.* (Grifos inexistentes no original).**

A Lei nº 9.716/98, em seu art. 2º, invocada pela própria Impetrante, fls. 17, também outorga à Secretaria da Receita Federal o poder de expedir normas regulamentares, como a I.N. nº 21/97 da SRF. Eis o texto legal:

“Art. 2º Na hipótese em que a saída do produto industrializado for beneficiada com isenção em virtude de incentivo fiscal, o crédito do IPI poderá ser:

I - utilizado para compensação com o incidente na saída de outros produtos industrializados pela mesma pessoa jurídica;

*II - objeto de pedido de restituição, em espécie, ou para compensação com outros tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, **observadas normas por esta editadas”.***

(Grifos inexistentes no original).

A Instrução Normativa atacada se acha em estrita conformidade à legislação em vigor, não havendo qualquer mácula que a inquine de ilegal, ao menos nos aspectos analisados neste Voto.

É de se observar, outrossim, que a extensa relação de débitos da Impetrante não se acha identificada por tributo, sendo impossível aferir se entre os valores de débitos apresentados figura algum decorrente de contribuições devidas à Seguridade Social. O que inviabilizaria, também, a pretensão da Impetrante, a teor do art.

195, § 3º, do texto constitucional, o qual dispõe:

“Art. 195.

.....
§ 3º *A pessoa jurídica em débito com o sistema da seguridade social, como estabelecido em lei, não poderá contratar com o Poder Público nem dele receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios”.*

Com essas considerações acolho a preliminar de prescrição quinquenal formulada pela Fazenda Nacional e, no mérito, dou provimento à apelação da Fazenda Nacional e à remessa oficial. Nego provimento à apelação da Impetrante. Reformo a sentença atacada, ficando denegado, integralmente, o Mandado de Segurança impetrado. Custas *ex lege*. Honorários advocatícios incabíveis (Súmula nº 105 do STJ).

É como Voto.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 84.174-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE
Apelante: FAZENDA NACIONAL
Apelado: JOSÉ EDMAR LIMA MELO
Advs./Procs.: DRS. LUIZ DIAS MARTINS FILHO (APTE.) E STÊNIO VIANA FALCÃO (APDO.)

EMENTA: TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ADESIVO. ADERÊNCIA A RECURSO DE PARTE OCUPANTE DO MESMO PÓLO PROCESSUAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PROVIDOS. EXCLUSÃO PROCESSUAL DA PARTE. MESMO OBJETO. RECURSO A QUE SE NEGA SEGUIMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO. PROVA DO RECOLHIMENTO DE CONTRIBUIÇÕES QUE SE BUSCA REAVER. VALOR CERTO. SUSPENSÃO DO

CURSO PROCESSUAL. IMPERTINÊNCIA. PREMISSA IRRELEVANTE. CONTRIBUIÇÕES PARA ENTIDADE DE PREVIDÊNCIA PRIVADA. ISENÇÃO DO IMPOSTO SOBRE A RENDA NO RESGATE DAS CONTRIBUIÇÕES. LEI 7.713/88. INCABIMENTO DA INCIDÊNCIA. APELAÇÃO E REMESSA OFICIAL IMPROVIDAS. RECURSO ADESIVO A QUE SE NEGA SEGUIMENTO.

- O recurso adesivo tem lugar na sucumbência recíproca sempre que a parte adversa utilizar-se da faculdade de recorrer. Se o recurso adesivo foi oportunizado pela interposição de apelo da parte que ocupa o mesmo pólo da relação processual, é manifestamente incabível a interposição do recurso.

- Havendo recurso adesivo, cujo objeto é provocar a exclusão da parte da lide e idêntico ao provimento almejado em embargos de declaração, que lograram provimento na instância a quo, torna-se prejudicado o recurso.

- A prova do recolhimento de contribuições para fundo de previdência privada que se visa reaver é impertinente em sede de mandado de segurança ajuizado com o intuito de impedir descontos provocados pela incidência do IR sobre as verbas reavidas.

- É impertinente a suspensão do curso processual para análise de matéria que se mostra irrelevante para a solução da demanda.

- As contribuições anteriores à edição da Lei nº 9.250/95 são isentas de imposto sobre a renda, no ato da devolução ao participante do fundo, porque já sofreram a incidência do imposto na fonte, de forma que a manutenção da incidência configuraria bis in idem vedado pela ordem jurídica.

- Apelação e remessa oficial improvidas e recurso adesivo a que se nega seguimento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, negar seguimento ao recurso adesivo da CABEC, bem como negar provimento à apelação e à remessa oficial, na forma do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 14 de agosto de 2003 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE :

Trata-se de apelação desafiada contra sentença (fls. 54/56) que deferiu parcialmente a segurança postulada. Entendeu o ilustre sentenciante que os valores resgatados por titular de conta de previdência privada devem sofrer incidência do imposto sobre a renda a partir do advento da Lei nº 9.250/95, sendo indevida no período de vigência da Lei nº 7.713/88, que impedia a dedução, na base de cálculo do imposto, das contribuições para fundo de previdência privada.

Em suas razões recursais (fls. 61/75), a apelante suscitou as seguintes premissas visando à reforma do *decisum*: a) as contribuições para os fundos de previdência privada são isentas quando as instituições não gozam de imunidade ou isenção do imposto sobre a renda na fonte quanto aos rendimentos e ganhos de capital produzidos pelo patrimônio da entidade; b) não há prova nos autos do efetivo pagamento das contribuições que ora se busca reaver sem a incidência do IR e c) o curso do processo deve ser sobrestado para que o STF reconheça a imunidade da impetrante.

A Caixa de Previdência Privada do Banco do Estado do Ceará – CABEC interpôs recurso adesivo às fls. 90/97, no qual pediu a exclusão da lide por ser mera responsável tributária, jungida ao

cumprimento da legislação pertinente, sob pena de responder solidariamente pela dívida. Opôs embargos de declaração (fls. 103/108) que mereceram provimento, resultando em sua exclusão da lide (fls. 110/111).

Recebido e processado o recurso, subiram os autos a este Tribunal.

Dispensada a revisão (art. 30, IX, RI).

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL UBALDO ATAÍ-DE CAVALCANTE (Relator):

Trata-se, no mérito, de matéria já pacificada na jurisprudência. Antes, porém, insta trazer à discussão algumas questões preliminares. A primeira diz respeito ao cabimento do recurso adesivo no caso em tela. Eis a redação do art. 500:

“Art. 500. Cada parte interporá o recurso, independentemente, no prazo e observadas as exigências legais. Sendo, porém, vencidos autor e réu, ao recurso interposto por qualquer deles, poderá aderir a outra parte. O recurso adesivo fica subordinado ao recurso principal e se rege pelas disposições seguintes: (...).”

Ora, pela redação do artigo fica clara a necessidade de o recurso adesivo aderir ao recurso *da outra parte*. *In casu*, a Fazenda Nacional, representando a União, apelou porque foi sucumbente e em vista desse recurso a parte que ocupava o mesmo pólo que a apelante (a CABEC) a ele aderiu, o que se revela inadmissível.¹

¹ Essa parece ser a doutrina de José Carlos Barbosa Moreira, *verbis*: “A legitimação ativa compete à parte que, no grau inferior de jurisdição, **se contrapunha ao primeiro recorrente**; se havia litisconsórcio, é óbvio, a qualquer dos litisconsortes cujo adversário comum interpôs o primeiro recurso” (grifei). (*In Comentários ao Código de Processo Civil*, v. V, 9ª ed., Rio de Janeiro: Forense, p. 317). Na mesma trilha, com maior ênfase, é a lição de Carlos Silveira Noronha, *ad litteram*: “Entretanto, não nos parece seja a apelação adesiva estendida

Ademais, foram opostos em 1ª instância embargos de declaração que lograram êxito, motivando a exclusão da CABEC da relação processual, a mesma providência que ora se objetiva com o manejo do recurso adesivo.

A segunda matéria preliminar refere-se à necessidade de o impetrante ter trazido aos autos com a exordial prova do efetivo recolhimento das contribuições para a previdência privada. Entendo que a alegação é impertinente porque no presente *mandamus* discute-se a legalidade da incidência do imposto sobre a renda no resgate das contribuições de participante que se retirou do fundo. Os valores são certos porque fornecidos pela própria CABEC e ainda não foram descontados, em face do ajuizamento preventivo da ação mandamental e da concessão de medida liminar.

Alfim, insta tecer alguma consideração sobre o pedido de suspensão do feito. A matéria relativa à imunidade da CABEC é irrelevante para o desfecho da demanda, visto que a razão de se declarar inválida a incidência do imposto sobre a renda sobre contribuições recolhidas na vigência da Lei nº 7.713/88 e posteriormente resgatadas é a vedação do *bis in idem*, uma vez que tais contribuições já sofreram a incidência do gravame.

Adentrando ao mérito, resumo os fatos relevantes. O particular contribui durante alguns anos para um fundo de previdência privada. As contribuições sofrem a incidência do imposto sobre a renda na fonte. Surge nova lei dispondo diversamente sobre a matéria e isentando as contribuições do recolhimento na fonte. Posteriormente, o particular deixa o fundo, sendo-lhe devido o resgate das contribuições pagas. Sobre o valor resgatado deve incidir

aos litisconsortes do apelante cujos interesses conflitem com os deste, por serem distintos ou opostos. É que a regra do art. 500 adotou e conceituou a via recursal adesiva como um remédio capaz de ser utilizado pela outra parte que se situa em oposição ao recorrente, não podendo estendê-lo às pessoas que se encontram na mesma angularidade da relação processual, isto é, como litisconsortes do recorrente, na qualidade de seus co-autores ou co-réus. Em outras palavras, o recurso adesivo é recurso da parte contrária e não dos que, embora possuindo interesses distintos em certo sentido, militem na mesma posição processual, exercida pelo recorrente principal através de cumulação subjetiva ativa ou passiva" (In Do Recurso Adesivo. Rio de Janeiro; Forense, 1987, p. 97).

o imposto sobre a renda?

A sentença recorrida entendeu que somente são isentas as parcelas recolhidas anteriormente à edição da Lei nº 9.250/95, visto que sob a égide da Lei nº 7.713/88 as contribuições eram descontadas do valor referente ao IR-fonte e consistiria em *bis in idem* exigir novo desconto, sob o mesmo título.

A sentença recorrida coaduna-se com a jurisprudência dos pretórios. Trago a lume dois arestos que dão conta do entendimento do Superior Tribunal de Justiça e deste Tribunal sobre a matéria:

“TRIBUTÁRIO E PROCESSO CIVIL. PLANO DE PREVIDÊNCIA PRIVADA. IMPOSTO DE RENDA. LEIS NºS 7.713/1988 E 9.250/1995. ISENÇÃO. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 2.159-70/2001 (ORIGINÁRIA Nº 1.459/1996). HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PRECEDENTES.

1. O resgate das contribuições recolhidas sob a égide da Lei nº 7.713/88, anterior à Lei nº 9.250/95, não constitui aquisição de renda, já que não configura acréscimo patrimonial. Ditoss valores recolhidos a título de contribuição para entidade de previdência privada, antes da edição da Lei nº 9.250/95, eram parcelas deduzidas do salário líquido dos beneficiários, que já havia sofrido tributação de imposto de renda na fonte. Daí porque a incidência de nova tributação por ocasião do resgate configuraria bitributação.

2. A Lei nº 9.250/95 só vale em relação aos valores de poupança resgatados concernentes ao ano de 1996, ficando livres da incidência do imposto de renda, 'os valores cujo ônus tenha sido da pessoa física, recebidos por ocasião do seu desligamento do plano de previdência, correspondentes às parcelas das contribuições efetuadas no período de 1º de janeiro de 1989 a 31 de dezembro de 1995', nos moldes do art. 7º da MP nº 1559-22 (hoje nº 2.159-70/01).

3. Não incide o imposto de renda sobre o resgate

das contribuições recolhidas pelo contribuinte para planos de previdência privada quando o valor corresponde aos períodos anteriores à vigência do art. 33 da Lei nº 9.250/95, o qual não pode ter aplicação retroativa.

4. O sistema adotado pelo art. 33, em combinação com o art. 4º, V, e 8º, II, e, da Lei nº 9.250/95, deve ser preservado, por a tanto permitir o ordenamento jurídico tributário, além de constituir incentivo à previdência privada.

5. Os dispositivos supra-indicados, por admitirem a dedutibilidade, para efeito ou apuração do cálculo do imposto de renda, das contribuições pagas pelos contribuintes a entidades de previdência privada, legitimam a exigência do mesmo contribuinte sujeitar-se ao imposto de renda, na fonte e na declaração, quando receber os benefícios ou por ocasião dos resgates das operações efetuadas. As regras acima, porém, só se aplicam aos recolhimentos e recebimentos operados após a vigência da referida lei.

6. Os recebimentos de benefícios e resgates decorrentes de recolhimentos feitos antes da Lei nº 9.250/95, conforme exposto, não estão sujeitos ao imposto de renda, mesmo que a operação ocorra após a vigência da lei. Precedentes desta Corte Superior.

7. O art. 20 do CPC, em seu § 3º, determina que os honorários advocatícios sejam fixados em um mínimo de 10% (dez por cento) e um máximo de 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação. Fixação do percentual de 10% (dez por cento) de verba honorária advocatícia, sobre o valor da condenação, em razão da simplicidade da lide.

8. Recurso provido”.

(STJ – 1ª Turma – REsp. nº 477.418/DF – Rel. Min. José Delgado – un. – DJ 31/03/2003, p. 173).

“CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. ISENÇÃO DO

IMPOSTO DE RENDA. BENEFÍCIOS E RESGATES DECORRENTES DE CONTRIBUIÇÃO PARA A PREVIDÊNCIA PRIVADA. LEIS NºS 7.713/88 E 9.250/95. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 1.459/96. PRECEDENTES.

Os recolhimentos para entidades de previdência privada efetuados pelas pessoas físicas, sob a égide da Lei 7.713/88, eram descontados de seus vencimentos líquidos, tendo sofrido a incidência do imposto de renda, e não podiam ser deduzidos da base de cálculo do imposto na declaração de ajuste anual, não se havendo falar em incidência do imposto por ocasião do recebimento do resgate ou benefícios constituídos de tais parcelas, sob pena de incorrer-se em bitributação. Argumento acolhido pelo art. 7º da MP 1.459/96 e reedições. A partir da edição da Lei 9.250/95, não mais subsiste a isenção do imposto de renda incidente sobre a parcela do resgate ou recebimento de benefícios recebidos de entidades de previdência privada, constituídos exclusivamente com ônus da pessoa física. A aplicação da sistemática do art. 33 da Lei 9.250/95 só se dá aos recolhimentos efetuados após a vigência da indigitada norma. Apelação improvida e remessa oficial parcialmente provida”. (TRF – 5ª Região – 1ª Turma – AC nº 215.994/SE – Rel. Des. Fed. José Maria Lucena – un. – DJ 15/10/2002, p. 1.000).

Com essas considerações, nego seguimento ao recurso adesivo interposto pela CABEC, rejeito as preliminares e nego provimento ao apelo e à remessa oficial.

É como voto.

EMBARGOS INFRINGENTES NA APELAÇÃO CÍVEL Nº 258.142-RN

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
Embargante: HOSPITAL ANTONIO PRUDENTE DE NATAL LTDA.
Embargada: FAZENDA NACIONAL
Advogados: DRS. ANTÔNIO AUGUSTO PORTELA MARTINS E OUTROS (EMBTE.)

EMENTA: TRIBUTÁRIO. IRPJ. HOSPITAL CONVENIADO DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE-SUS. FATO GERADOR DO IRPJ. DISPONIBILIDADE JURÍDICA DO RENDIMENTO DOS SERVIÇOS APROVADOS PELA GERÊNCIA DO SUS. REGIME DE COMPETÊNCIA.

- Para a configuração do fato gerador do IRPJ, é necessária a efetiva disponibilidade econômica ou jurídica da renda (art. 43 do CTN); tratando-se de renda decorrente da prestação de serviços médicos e hospitalares, realizada por hospital particular conveniado do SUS, o elemento temporal do imposto é o momento da homologação dos respectivos procedimentos e valores, mediante ato administrativo comum da gerência do Sistema (Lei 8.080/90).

- Antes de o SUS examinar os mapas de informações enviados pelo hospital conveniado, este não tem qualquer disponibilidade sobre o montante a ser repassado pelo Sistema, posto que este tem o poder/dever de glosar procedimentos e valores.

- Lícito é o procedimento do hospital conveniado do SUS de somente contabilizar como receita tributável os serviços prestados após reconhecidos pela Gerência.

- Embargos infringentes providos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos Infringentes EAC 258.142-RN, em que são partes as acima mencionadas, acordam os Juízes do Pleno do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, em dar provimento aos embargos infringentes, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante deste julgado.

Recife, 26 de março de 2003 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO:

1. Cuida-se aqui de embargos infringentes contra decisão não unânime prolatada pela douta 2ª Turma deste egrégio TRF da 5ª Região, que deu provimento à AC 258.142/RN, interposta pela União Federal, reformando a sentença recorrida, *por entender a maioria da Turma que o fato de o pagamento dos serviços médicos e hospitalares prestados pelo apelado, ora embargante, ao Sistema Único de Saúde-SUS, ficar sujeito à conferência das notas fiscais, para efeito de seu pagamento, não seria índice de que o fato gerador do IRPJ devido somente ocorreria após a aprovação dos procedimentos e valores apresentados ou após expedida a autorização de pagar.*

2. Foi relator do voto condutor o ilustre Desembargador Federal Walter Nunes da Silva Júnior e do voto vencido o Desembargador Federal Ricardo César Mandarino Barreto, ambos convocados nesta Corte Regional.

3. Em suma, diz o Hospital Antônio Prudente de Natal, ora embargante, arrimando-se nos fundamentos do douto voto vencido: (a) que o SUS tem o poder/dever de glosar os procedimentos médico-hospitalares e os valores que lhe são apresentados para pagamento, ou seja, de não reconhecer notas fiscais de presta-

ção de serviços, excluindo-as, nesse caso, do pagamento; (b) que somente as notas fiscais de serviço aprovadas após o exame do SUS é que são pagas, de modo que só se configura o direito à percepção do pagamento após a aceitação de tais notas, aí se formando o fato gerador do IRPJ; (c) que antes do pagamento não há disponibilidade alguma desses valores; (d) que quando o SUS não reconhece parte da conta apresentada, essa mesma parte glosada fica fora do pagamento, como inexistente; (e) que, em geral, esses valores glosados não são expressivos, de modo que não compensa buscá-los perante o Poder Judiciário; (f) que, não tendo havido qualquer acréscimo patrimonial com a simples apresentação da relação dos procedimentos médico-hospitalares, não há que incidir o IRPJ no valor dessa mesma relação, tendo-se em conta o conceito de renda-acréscimo adotado pelo CTN e pela CF/88.

4. A parte embargada, devidamente intimada do recurso, não apresentou as contra-razões, conforme certidão de fls.199.

5. É este o brevíssimo relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO (Relator):

1. O objeto da presente demanda envolve pedido de declaração cumulado com anulação de débito fiscal, julgado parcialmente procedente em 1ª Instância, quando entendeu o Juiz de 1º Grau que, como o pagamento da prestação de serviço médico-hospitalar ao SUS somente é aprovado (reconhecido) após concretizada a auditoria nos relatórios enviados pelo prestador, *é lícito o procedimento do hospital (ora embargante) de contabilizar a receita auferida somente após tal reconhecimento.*

2. Sabe-se que o SUS tem o poder/dever de glosar procedimentos e/ou valores apresentados pelos hospitais da sua rede de conveniados, ou seja, *de não pagar serviços prestados pelo hospital, quando não incluídos na cobertura do convênio respectivo ou cobrados fora da sua tabela;* no primeiro caso, o hospital não é remunerado pelos serviços prestados e, no segundo, aufere o pagamento de acordo com os valores aceitos pelo SUS.

3. O ponto central da presente lide reside em saber qual o momento do fato gerador do IRPJ (aspecto temporal) e a sua expressão quantitativa, *posto que esse tributo tem por pressuposto a aquisição efetiva de renda, cumprindo definir qual o seu elemento temporal e o seu respectivo valor, pois ambos são igualmente relevantes para a configuração da obrigação.*

4. O art. 43 do CTN, que dispõe sobre o Imposto Sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza, *define como fato gerador desse tributo a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica de renda ou proventos de qualquer natureza, tendo o CTN adotado, como os doutores ensinam sem discrepância de tomo, o conceito de renda-acrécimo, ou seja, não havendo acréscimo patrimonial não há que se falar na percepção de renda ou de proventos.*

5. Seguindo-se a doutrina do Professor Sacha Calmon Navarro Coêlho, acerca do conceito de renda para fins de apuração do IR, tem-se esta conclusão:

“O intérprete não deve criar conceitos a partir de elucubrações cerebrinas distanciados do ambiente legislativo original. Seja lá como for, quer a renda, produto do capital, do trabalho e da combinação de ambos, quer os demais proventos não compreendidos na definição, devem traduzir um aumento patrimonial entre dois momentos de tempo. É o acréscimo patrimonial, em seu dinamismo acrescentador de mais patrimônio, que constitui a substância tributável pelo imposto”. (Curso de Direito Tributário Brasileiro, Forense, 2002, p. 448).

6. Ademais, para que se configure o fato gerador do IR, o contribuinte há de ter adquirido *efetivamente* a disponibilidade econômica ou jurídica sobre a renda ou proventos, não bastando tê-los apenas auferido; é imprescindível, dessa forma, que tenha *efetiva disponibilidade* sobre os mesmos, sem o que não se terá dado o fato gerador desse tributo, como explica em valiosa lição o eminente Professor Hugo de Brito Machado:

“A disponibilidade configura-se precisamente pela ausência de quaisquer obstáculos à vontade do ti-

titular da renda, ou dos proventos, quanto ao uso ou destinação destes. Se existem obstáculos a serem removidos, ainda que o titular da renda tenha o direito a esta e portanto ação para havê-la, enquanto não removidos os obstáculos não haverá disponibilidade. Mesmo que o titular da renda tenha título executivo oponível ao devedor, se existe obstáculo à sua vontade, não existe disponibilidade". (Comentários ao CTN, Atlas, 2002, p. 433).

7. Na hipótese dos autos, o hospital embargante prestou serviços médicos e hospitalares à comunidade, porém a prestação desses serviços só era aprovada, reconhecida e paga pelo SUS após concretizadas a fiscalização e a auditoria nos mapas de informações enviados pelo nosocômio conveniado; ou seja, antes de tal reconhecimento, o hospital embargante não tinha qualquer disponibilidade sobre a renda a ser auferida, representada pelo pagamento dos serviços prestados, estando ela sujeita a uma condição suspensiva, qual seja o reconhecimento, pelo devedor (SUS), dos vários procedimentos médico-hospitalares listados ou informados e dos seus correspondentes valores.

8. Apenas com a simples intenção de melhor elucidar esses aspectos do IR, *recorde-se que esse tributo tem como fato gerador um resultado efetivamente ocorrido na situação jurídica com contribuinte e não, por exemplo, a conclusão de um negócio jurídico contratual, como se dá com o ISS ou no ICMS, com efeito, pelo regime desses dois tributos, uma vez concluída a formação dos atos negociais da prestação de serviços (no caso do ISS) ou da compra-e-venda mercantil (no caso do ICMS), torna-se exigível o pagamento das exações respectivas, quer haja, quer não haja, o pagamento do valor das transações pelo devedor.*

9. Justamente por tal regime é que as notas fiscais de serviços prestados ou as vendas mercantis frustradas *não são excluídas das bases tributáveis do ISS e do ICMS*; reitero que assim não é, porém, quanto ao IR, pois este tributo (IR) *tem por suporte a disponibilidade da renda ou proventos, isto é, um acréscimo patrimonial efetivo, em termos de bens ou direitos, daí não se tributar a ficção de rendimento ou a mera expectativa de percepção de renda ou de proventos.*

10. Quanto ao IR, pode-se dizer que a formação do seu fato gerador, no seu aspecto temporal, é *coincidente com a efetiva aquisição da disponibilidade (econômica ou jurídica) da renda ou dos proventos, de modo que, mesmo ocorrendo o fato gerador de outros tributos que têm por suporte a conclusão de atos negociais ou negócios jurídicos (como o ISS ou o ICMS), não terá, só por isso, ocorrido também o fato gerador do IR.*

11. Os arts. 116 e 117 do CTN dão bem a medida dessa importante e estratégica distinção:

“Art. 116 - Salvo disposição de lei em contrário, considera-se ocorrido o fato gerador e existentes os seus efeitos:

(...)

II - tratando-se de situação jurídica, desde o momento, em que esteja definitivamente constituída, nos termos de direito aplicável.

Art. 117 - Para os efeitos do inciso II do artigo anterior e salvo disposição de lei em contrário, os atos ou negócios jurídicos condicionais reputam-se perfeitos e acabados:

I - sendo suspensiva a condição, desde o momento de seu implemento.

(...)”.

12. Assim, quanto ao IR, tal implemento só se dá *a partir do momento em que o SUS reconhece os serviços prestados e aceita os seus valores, dispondo-se a pagá-los*: somente aí é que o contribuinte passa a ter disponibilidade jurídica sobre a renda, embora se veja que a disponibilidade econômica fique condicionada ao efetivo pagamento dos valores reconhecidos, mediante o depósito em conta, na sistemática do SUS; contudo, aprovados os procedimentos médico-hospitalares e os seus valores, está já configurado o fato gerador do IR, com o implemento da condição suspensiva.

13. É, portanto, indispensável a aprovação, o reconhecimento do mapa de informações pelo SUS, sendo que, a respeito do ato de aprovação, tem-se o seguinte conceito extraído de obra do Professor Hely Lopes Meirelles:

“Aprovação é o ato administrativo pelo qual o Poder Público verifica a legalidade e o mérito de outro ato ou de situações e realizações materiais de seus próprios órgãos, de outras entidades ou de particulares, dependentes de seu controle, e consente na sua execução ou manutenção. Pode ser prévia ou subsequente, vinculada ou discricionária, consoante os termos em que é instituída, pois em certos casos limita-se à confrontação de requisitos especificados na norma legal e noutros estende-se à apreciação da oportunidade e conveniência”. (Direito Administrativo Brasileiro, Malheiros, 1999, p. 172).

14. Dessa forma, a só prestação de serviços não é suficiente para se configurar o fato gerador do IR, e sim sempre é necessária a *efetiva disponibilidade sobre a renda decorrente de tal prestação de serviços*, embora, como já se disse, possa haver a exigência de tributos como o ISS ou o ICMS, ou outro que dependa da mera conclusão da prestação.

15. Isso porque o legislador pode, a pretexto de evitar práticas fraudulentas, estabelecer normas reguladoras da determinação do montante da renda, mas *“não pode ele, porém, a esse pretexto, criar ficções legais absolutas. Nem pode, de qualquer outro modo, regular de tal forma a determinação da base de cálculo do imposto que este termine por ser devido sem que tenha ocorrido o fato renda, vale dizer, acréscimo patrimonial”*, como diz o Professor Hugo de Brito Machado (*Comentários ao CTN*, Coordenador Carlos Valder do Nascimento, 1999, p. 91).

16. A respeito da disponibilidade jurídica, mais uma vez, imperiosa é a lição do já citado Professor Hugo de Brito Machado:

“A disponibilidade jurídica configura-se, em princípio, pelo crédito da renda ou dos proventos. Enquanto a disponibilidade econômica corresponde ao rendimento realizado, a disponibilidade jurídica corresponde ao rendimento (ou provento) adquirido, isto é, ao qual o beneficiário tem título jurídico que lhe permite obter a respectiva realização em dinheiro (p. ex., o juro ou o dividendo creditados)”. (Op. cit., p. 434).

17. Ora, antes de o SUS examinar os mapas de informações enviados pelo hospital ora embargante, este não tem qualquer disponibilidade sobre o montante a ser pago ulteriormente por aquela entidade, posto que esta tem o direito de glosar os serviços prestados ou os seus valores, como já explanado mais de um vez neste voto.

18. Tal é o entendimento firmado no colendo STJ, no que respeita à verificação da ocorrência do fato gerador do Imposto de Renda:

“TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. CICLO DE FORMAÇÃO DO FATO GERADOR. MOMENTO DA DISPONIBILIDADE ECONÔMICA OU JURÍDICA DO RENDIMENTO. CTN, ARTS. 104, 106, 116. DECRETO-LEI 1.967/82. SÚMULA 584/STF.

1. O fato gerador do Imposto de Renda identifica-se com a disponibilidade econômica ou jurídica do rendimento (CTN, art. 116). Inaplicabilidade da Súmula 584/STF, construída à luz de legislação anterior ao CTN.

2. A tributação do Imposto de Renda decorre de concreta disponibilidade ou da aquisição de renda”.

(REsp. 179.966/RS, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, DJU 25/02/02, p. 208).

19. Os hospitais que atendem parcela ponderável da população, principalmente os mais carentes, sendo credenciados pelo SUS, operam mediante o reembolso das verbas despendidas em seus valores reais, que cubram completamente todos os seus custos operacionais, demonstrados em planilhas técnicas elaboradas com rigor, para que possam implementar, em nome do Estado, o dever de prestar saúde a todos. Porém, sabe-se que esse reembolso integral nem sempre ocorre.

20. Assim, a disponibilidade jurídica para o embargante somente surge quando o SUS, *reconhecendo os serviços prestados pelo hospital conveniado, aprova os seus valores; a disponibilidade econômica surge quando o SUS credita em favor do hospital os importes financeiros referentes a tais serviços; antes da conclusão desse procedimento administrativo interno do SUS, não há*

que se falar em percepção de renda, pois o prestador nada terá (ainda) percebido, não havendo ensejo, portanto, para a incidência do respectivo imposto (IRPJ).

21. E tal não significa que o embargante esteja praticando o *regime de caixa* na apuração de seus lucros; sabe-se que no IRPJ o regime a ser observado é o *regime de competência*, em que as receitas e despesas de determinado período são registradas no instante da transferência do bem ou serviço, e não no momento do recebimento ou pagamento efetivo, em harmonia com o disposto no art. 43 do CTN; o que se está reconhecendo é que *não há disponibilidade jurídica antes da aprovação da conta do hospital e não há disponibilidade econômica antes da efetivação do crédito pelo SUS (pagamento)*.

22. Conforme doutrina o jurista Fortunato Bassani Campos, *“no regime de competência, os fatos que originam os acréscimos ou reduções patrimoniais (receitas e despesas ou custos e encargos) devem ser registrados no momento em que jurídica ou economicamente auferida a receita (isto é, quando o bem ou direito correspondente tiver integrado definitivamente o patrimônio social) ou incorrida a despesa (isto é, no exercício em que contabilizadas as receitas correspondentes) - vale dizer, as receitas e despesas devem ser registradas no competente exercício”*. (Imposto de Renda: Pessoa Jurídica, Curso de Direito Tributário, vol. 1, Coordenador Ives Gandra da Silva Martins, Saraiva, 1995, p. 344).

23. E continua esse doutrinador afirmando que não obstante seja o regime de competência obrigatório, sua inobservância só é relevante para fins de apuração do IR *“quando dela resulte prejuízo para o Fisco, traduzido em redução ou postergação do imposto”*. (Op. cit., p. 297).

24. Para o Professor Luciano Amaro, ainda sobre a disponibilidade econômica e jurídica, *“o problema reside, sim, em definir se, juridicamente, pode-se tributar apenas a renda já percebida pelo titular, ou se basta, para a gênese do gravame, a produção da renda, embora ainda não entregue no titular”*, concluindo que *“a discussão é, antes de tudo, terminológica. Em suma, o CTN acolheu as expressões ‘disponibilidade econômica’ e ‘disponibilidade jurídica’ para explicitar a referida idéia de que a renda pode ser*

tributada desde o momento em que, tendo sido produzida, se incorpora ao patrimônio do titular (quer essa agregação se dê em dinheiro, quer se dê em bens ou em créditos)". (Imposto de Renda: Regimes Jurídicos, Curso de Direito Tributário, vol. 1, Coordenador Ives Gandra da Silva Martins, Saraiva, 1995, p. 313).

25. Dessa forma, o lançamento contábil do contribuinte deve observar o momento da ocorrência desses fenômenos (disponibilidade jurídica ou econômica), não sendo permitido à Legislação Tributária que se faça incidir sobre determinada situação um imposto cujo fato gerador depende do implemento de uma condição ulterior, condição essa de que poderá resultar a redução do ingresso financeiro esperado, passível que é essa redução de ato operacional do devedor; recorde-se que cabe ao SUS pagar os serviços médicos e hospitalares prestados pelo hospital conveniado, e se a administração do Sistema, fazendo uso de seu poder de fiscalização, glosa certos procedimentos ou valores, não incidirá sobre eles o IR, *por não ter havido percepção de renda, quanto a esses mesmos serviços ou valores objeto de legítima exclusão administrativa, já que não se agregaram nem mesmo como créditos ao patrimônio do titular.*

26. Não vislumbro que o embargante esteja aplicando o *regime de caixa* em sua contabilidade, pois entendo que tal apenas dar-se-ia se ele apenas contabilizasse a receita no momento em que dispusesse dos valores repassados pelo SUS em seus caixas, o que não se verifica.

27. Assim, entendo como sendo legal e lícito o procedimento do embargante de apenas contabilizar como receita os serviços aprovados pelo SUS (não glosados).

28. Com essa fundamentação, voto no sentido de dar provimento aos presentes embargos infringentes, interpostos pelo Hospital Antônio Prudente de Natal, para fazer prevalecer o voto vencido prolatado na douta 2ª Turma pelo eminente Desembargador Ricardo César Mandarino Barreto.

29. É como voto, Presidente.

HABEAS CORPUS Nº 1.574-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PETRUCIO FERREIRA
Impetrantes: DRS. EDIMIR PEREIRA MARTINS E OUTRO
Impetrado: PROCURADOR DA REPÚBLICA
Pacientes: EDILSON AZIM SARRIUNE, MARIA JOSÉ DE ANDRADE LIMA E INÁCIO JOSÉ BESSA PIRES

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS PREVENTIVO. TRANCAMENTO DE INQUÉRITO POLICIAL FEDERAL QUE APURA CRIMES, EM TESE, DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL E COAÇÃO NO CURSO DO PROCESSO (ARTIGOS 146 E 344 DO CPB). CRIME, EM TESE, PRATICADO CONTRA A ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA DO TRABALHO. PROCEDIMENTO POLICIAL INSTAURADO POR REQUISIÇÃO DE PROCURADOR DA REPÚBLICA. COMPETÊNCIA DO TRF PARA PROCESSAR E JULGAR O WRIT. INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA E MATERIALIDADE. PRESENÇA DE JUSTA CAUSA PARA PERSECUTIO CRIMINIS. MATÉRIA DE FATO QUE EXIGE DILAÇÃO PROBATÓRIA. IMPROCEDÊNCIA DO WRIT.

- Cuida a hipótese de ação de habeas corpus preventivo cuja causa petendi é o trancamento de inquérito policial federal, instaurado por requisição de Procurador da República, para apurar crime, em tese, contra a administração da Justiça do Trabalho - coação no curso do processo - artigo 344 do CPB.

- Inconteste a competência desta Corte para julgar o presente writ, vez que a autoridade policial, ao instaurar o procedimento investigatório, fê-lo em cumprimento de requisição do Exmo. Procurador da República no Estado do Ceará. Nesse sentido, quando o Ministério Público requisita a instauração de inquérito policial, assu-

me a condição de autoridade coatora, para fins de habeas corpus. O julgamento de ordem de habeas corpus contra Procurador da República compete aos Tribunais Regionais Federais respectivos - artigo 108, I, a, da CF/88.

- A regular instauração de inquérito policial, desde que haja indícios, em tese, de infração penal, cuja persecução seja por ação pública, constitui dever de ofício da respectiva autoridade. A simples instauração de um inquérito policial, por ser medida meramente aferitória de uma notícia crime em tese, não configura, em princípio, coação ilegal reparável por habeas corpus (precedentes jurisprudenciais).

- Presença de justa causa para a continuação das investigações, face à existência, em tese, de crime e indícios de autoria. Matéria de fato que exige dilação probatória, não admitida na via estreita do writ.

- Ordem de habeas corpus denegada.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, denegar a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 4 de fevereiro de 2003 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL PETRUCIO FERREIRA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PETRUCIO FERREIRA:

Cuida a hipótese de ação de *habeas corpus* preventivo com

pedido liminar impetrada pelo Advogado Dr. Edimir Martins Filho, OAB/CE 8.324 e outro, em favor dos pacientes Edilson Azim Sariune, Maria José de Andrade Lima, Inácio José Bessa Pires e Amanaci Diógenes Braga Landim contra ato praticado pelo Exmo. Procurador da República no Estado do Ceará, Dr. Oscar Costa Filho, que requisitou a instauração de inquérito policial para apuração dos delitos previstos nos artigos 146 e 344 do CPB (constrangimento ilegal e coação no curso de processo trabalhista).

Nos fatos, objetiva-se no presente *habeas corpus* o trancamento do inquérito policial, instaurado no âmbito da Polícia Federal/CE (IPL nº 746/2001), cuja Portaria mora às fls. 71 dos autos. Fundamenta o pedido de trancamento do inquérito policial na ausência de justa causa para sua instauração, alegando, outrossim, que o Exmo. Procurador da República, que requisitou a instauração do referido inquérito, não tinha competência para fazê-lo, no âmbito das suas atribuições constitucionais.

A *notitia criminis* (fls. 62/72) que, por sua vez, levou o *Parquet* Federal a requisitar instauração do inquérito policial, que ora se pretende suspender, consiste, exatamente, na “suspeita” de que os ora pacientes tenham perfeito, em tese, crime de coação no curso do processo trabalhista – artigo 344 do CPB, em face de, em nome do Governo do Estado do Ceará, terem proferido ameaças de demissões à quase totalidade dos servidores do SINE/IDT, para que desistissem das ações judiciais tendentes à garantia de seus direitos trabalhistas, e represálias consistentes no não repasse de recursos estaduais para aquele órgão, culminando com a desistência das ações por parte de cento e trinta e dois servidores e a demissão de sete servidores que não se curvaram àquela exigência.

A DD. autoridade coatora, nas suas informações de fls. 417 e seguintes, junta o ofício que requisitou a abertura de inquérito policial, o qual se pretende suspender.

Em despacho da minha lavra, às fls. 514/515, neguei o pedido liminar de trancamento do inquérito policial instaurado no âmbito da Polícia Federal do Estado do Ceará, por requisição do *Parquet* Federal.

Ofertando o Parecer de fls.518/527, nesta instância, a Exma. Representante do Ministério Público Federal, Dra. Eliane de Albuquerque Recena, entendendo, entre outras, presentes elementos indicativos da prática delituosa e de sua autoria e tendo em vista o regular processamento do inquérito policial, assim como a plena atribuição do *Parquet* Federal para promover a sua apuração, opinou pela denegação da ordem do presente *writ*, uma vez que demonstrada resta a presença de justa causa para o prosseguimento das investigações.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PETRUCIO FERREIRA (Relator):

Conforme se verifica do relatório acima, cuida a hipótese de ação de *habeas corpus* preventivo cuja causa *petendi* é o trancaamento de inquérito policial federal, instaurado por requisição de Procurador da República, para apurar crime, em tese, contra a administração da Justiça do Trabalho – coação no curso do processo –, artigo 344 do CPB.

No caso presente, o douto Representante do Ministério Público Federal, ao representar ao Ilmo. Delegado de Polícia Federal no Ceará no sentido de que se instaurasse inquérito policial para apuração dos crimes, em tese, de constrangimento ilegal e coação no curso do processo – artigos 146 e 344 do CPB, entre outras, se houve da *notitia criminis* de fls. 62/72.

De uma análise da *notitia criminis* (fls.62/72) e do próprio teor da Portaria do Delegado de Polícia Federal (fls.74), os ora pacientes estão sendo investigados pelo crime, em tese, de coação no curso do processo – artigo 344 do CPB, por terem, em nome do Governo do Estado, proferido ameaças de demissões à quase totalidade dos servidores do SINE/IDT, para que desistissem das ações judiciais tendentes à garantia de seus direitos trabalhistas, e represálias consistentes no não repasse de recursos estaduais para aquele órgão, culminando com a desistência das ações por parte de cento e trinta e dois servidores e a demissão de sete servidores que não se curvaram àquela exigência.

Colhe-se expressamente da *notitia criminis* de fls. 62/72, que levou à instauração do inquérito policial que ora se pretende trancar:

“... Em julho de 2000, os funcionários do SINE/IDT deram entrada em reclamação trabalhista contra a CODECE, na busca de proteção de direitos assegurados pela lei acima referida, especificamente pelo seu art. 2º, referentes a direitos trabalhistas, no caso de pagamento de diferenças salariais por tempo de serviço e promoção por merecimento, direitos esses efetivados por iniciativa do próprio poder estatal, em relação aos demais servidores dos órgãos públicos estaduais extintos.

Na verdade, os funcionários dos órgãos extintos, EPACE, CEDAPE, IOCE E CODECE receberam o que tinham de direito, sem recorrerem à proteção jurisdicional. Já os funcionários do SINE/IDT, levados a acionar a Justiça do Trabalho, foram vítimas de represálias por parte da direção do SINE/IDT que, por sua vez, dizia-se representar posição peremptória do Governo do Estado.

As ameaças de represália, caso não retirassem a ação, seriam o não repasse de recursos do Estado para o SINE/IDT ou a demissão para os que persistissem em manter a ação. Segundo a explicação da direção do SINE/IDT, que é de amplo conhecimento interno, essa exigência era uma condição imposta pelo titular da SETAS - Secretaria do Trabalho e Ação Social, da qual ele, o Secretário, não abria mão.

As represálias realmente se efetivaram. Provocaram a desistência da ação por parte da quase totalidade dos funcionários, inclusive a desistência de ações julgadas procedentes por parte de, pelo menos, 13 (treze) outros. (...). O mais grave, a represália se consumou, também, na demissão de 7 (sete) funcionários que resolveram não desistir, com o conseqüente prosseguimento do feito na Justiça do Trabalho”.

Ao final, deduzem os funcionários do SINE/IDT que sofreram as represálias o seu pedido – fls. 72 – da *notitia criminis* encaminhada ao douto Procurador da República, Dr. Oscar Costa Filho (fls. 62):

“... Em função das considerações acima alinhadas, solicitamos ao prestigiado Ministério Público que os mencionados membros da Direção do SINE/IDT, assim como o Sr. Secretário do Estado do Trabalho e Ação Social, sejam devidamente intimados, através de providências legais acionadas por esse Ministério Público, a responderem a inquérito em órgãos devidos, para apuração ou qualquer outra via, por atentados a direitos fundamentais assegurados a todo cidadão brasileiro (...).”

Exatamente dentro de tal contexto, fundado, pois, em tais razões, é que a DD. autoridade policial, o Sr. Delegado de Polícia Federal Jonas Viana Duarte, considerando a requisição do Sr. Procurador da República, ao instaurar o competente inquérito policial, às fls. 74 destes autos, registrou na Portaria encontrarem-se os ora pacientes incurso, em tese, nos crimes capitulados nos artigos 146 e 344, todos do Código Penal vigente, fazendo constar expressamente de tal Portaria:

“Instaurar inquérito policial para apurar eventual ocorrência de crimes, e as devidas responsabilidades penais, imputados a Maria José de Andrade Lima, Inácio José Bessa Pires e Amanaci Diógenes Braga Landim, dirigentes do SINE/IDT, e do Secretário da SETAS - Secretaria do Trabalho e Ação Social, Edilson Azin Sarriune, por terem os primeiros, consoante a representação anexa ao documento requisitório, em nome do Governo do Estado, proferido ameaças de demissões à quase totalidade dos servidores do SINE/IDT, para que desistissem das ações judiciais tendentes à garantia de seus direitos trabalhistas, e represálias consistentes no não repasse de recursos estaduais para aquele órgão, culminado com a desistência das ações por parte

de cento e trinta e dois servidores e a demissão de sete servidores que não se curvaram àquela exigência, condutas que, em tese, configuram os ilícitos previstos nos arts. 146 e 344 do Código Penal Brasileiro (...).”

Primeiramente, no tocante à preliminar de competência para o exame deste *habeas corpus*, cumpre registrar a incontestada competência desta Corte para processar e julgar o presente *writ*, vez que a autoridade policial, ao instaurar o procedimento investigatório, fê-lo em cumprimento de requisição do Exmo. Procurador da República no Estado do Ceará. Nesse sentido, quando o Ministério Público requisita a instauração de inquérito policial, assume a condição de autoridade coatora, para fins de *habeas corpus*. O julgamento de ordem de *habeas corpus* contra Procurador da República compete aos Tribunais Regionais Federais respectivos – artigo 108, I, *a*, da CF/88). Ademais, o crime, em tese, é Federal – artigo 344 do CPB –, crime contra a administração da Justiça do Trabalho, ou seja, coação no curso de processo trabalhista, donde fixar-se, ainda mais, a competência da Justiça Federal para processar e julgar a ação penal que venha a ser ofertada pelo *Parquet* Federal.

No tocante ao mérito, em relação a trancamento de inquérito policial que apura crime, em tese, contra a administração da Justiça do Trabalho, colhe-se na jurisprudência, e que não se é forçoso citar, a título de complementação, *verbis*:

“Justifica-se a concessão do *writ* requerido sob a alegação de falta de justa causa se, nem mesmo em tese, o fato imputado constitui crime, ou então, quando se verifica, *prima facie*, não configurada a participação delituosa do paciente”.
(STJ *in* JSTJ 33/341).

“SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – RESP 71123/DF, REL. MINISTRO VICENTE LEAL:

O mero indiciamento em inquérito policial, por ser figura desprovida de consequência jurídica, sequer prevista no ordenamento jurídico como ato processual formal, não constitui constrangimento ilegal

passível de reparação por via de *habeas corpus*, pois é insusceptível de afetar a liberdade de locomoção”.

“SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – RHC 4371/ SP.

Inexiste constrangimento ilegal na abertura de inquérito policial para a apuração de crime em tese, mormente quando os elementos informativos obtidos geram justificada suspeita da configuração do delito. Sendo o inquérito policial mero procedimento administrativo preparatório para a ação penal, tem por objeto a apuração do fato tido como delituoso e a respectiva autoria, não devendo ser obstados pela restrita via do *habeas corpus*, para que não se incorra no risco de coarctar as atividades da Polícia Judiciária e do Ministério Público”.

“SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – HC 4787-SP (...)

2 - A simples instauração de um inquérito policial, por ser medida meramente aferitória de uma notícia sobre um crime em tese, não configura, em princípio, coação ilegal reparável por *habeas corpus*. (...).”

Registre-se não caber exame aprofundado de provas em *habeas corpus*, sobretudo quando, no caso concreto, os fatos, ao menos em tese, apresentam-se típicos e não estranhos aos ora pacientes. E, ainda, que somente em hipóteses de desvio de poder, em manifesta ilegalidade, a instauração do inquérito policial não caracteriza constrangimento sanável por meio de *habeas corpus*.

A figura típica do artigo 344 exige na sua estrutura que o agente use de violência ou grave ameaça com o fim de favorecer interesse próprio ou alheio contra autoridade, parte ou qualquer outra pessoa que funcione ou é chamada a intervir em processo. O elemento subjetivo do delito, além da vontade de praticar a violência ou grave ameaça – o dolo –, exige a realização da conduta com o fim de favorecer interesse próprio ou alheio. A natureza desse interesse pouca importa, desde que tenha relação com o objeto do processo.

Não há olvidar que, em se cuidando de curso de processo, abrange tal conceito tanto a fase cognoscitiva quanto os próprios atos executórios do *decisum*. Nesse sentido, inclusive, atente-se às anotações por Damásio de Jesus, no tocante à natureza do interesse a ser protegido em tal figura típica: “Não importa a natureza do interesse. Desde que tenha relação com o objeto do processo, pode ser moral ou material. Exemplos: ameaçar o juiz para impedir a execução (RT 499:320); intimidar a mãe da vítima (RT 582:310)”. É que, na verdade, o dispositivo constante do artigo 344 do CPB tem por objeto jurídico precisamente a proteção, como um todo, da administração da justiça e, neste caso, especificamente, para perfeição do tipo penal, como ainda observa o mesmo Damásio de Jesus, “a existência de um procedimento em curso se apresenta como elemento do tipo”, cujo delito tem natureza de crime formal, exigindo-se para sua consumação a consecução do resultado, bastando para tanto “que a conduta seja tendente à consecução para este fim”.

Exatamente dentro de tais posicionamentos e entendimentos é que o Ministério Público Federal, ao reportar-se aos elementos fáticos através da *notitia criminis* encaminhada à Polícia Federal para instauração de inquérito policial, exatamente, entendeu existirem condutas da parte dos indiciados, ora pacientes, a, coercitivamente, impedir partes em processos trabalhistas de haver-se na consecução dos direitos que judicialmente lhes fossem reconhecidos.

A coação, por ser um elemento de fundo psicológico, deve ser aferida na medida exata do temor sofrido pelo coagido, em termos, inclusive, do prejuízo a ser suportado. Matéria de fato a exigir dilação probatória, incabível em sede de *habeas corpus*.

No caso presente, tal coação consistia na demissão do empregado que não concordasse em renunciar a direitos trabalhistas, conforme relata a *notitia criminis* de fls. 62/72.

Encontrando-se a matéria dos autos já pacificada na jurisprudência dominante, entendo que a *informatio delicti* somente deve ser interrompida quando houver dúvida quanto à infração penal em tese, ou seja o investigado estranho aos fatos. Do contrário, exurgindo das investigações policiais evidências do delito penal,

impõe-se seja o mesmo apurado via procedimento específico – o inquérito policial, procedimento preparatório, mas não de todo indispensável. Na busca da elucidação dos fatos tidos como transgressores da norma jurídica e sua autoria, com a investigação policial, o Estado desenvolve atividade intensa, típica à propositura da ação penal

Ex positis, tendo em vista o regular processamento do inquérito policial e presentes elementos indicativos de crime, em tese, e sua autoria, denego a ordem de *habeas corpus*, de modo a prosseguir-se com o inquérito policial em trâmite no Juízo Federal da 11ª Vara/Ceará (IPL 746/2001 - 2001.81.024401-6).

É o meu voto.

HABEAS CORPUS Nº 1.591-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA
Impetrante: FRANCISCO XAVIER TORRES E OUTRO
Impetrado: JUÍZO FEDERAL DA 12ª VARA-CE
Paciente: ANTENOR MANOEL NASPOLINI

EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. CRIME DE CONTRATAÇÃO DIRETA NÃO ACOBERTADA POR LEI. SECRETÁRIO DE EDUCAÇÃO. MATÉRIA DE PROVA. IMPOSSIBILIDADE EM SEDE DA AÇÃO CONSTITUCIONAL DO WRIT.

- Acusação do MPF de que Secretário de Educação do município que contrata compra de material didático dispensando licitação, fora dos casos previstos na Lei nº 8.666/93, comete o tipo penal previsto no art. 89 da citada legislação.

- Os fatos apontados na denúncia configuram - prima facie - o tipo penal mencionado, fazendo-se necessário o estabelecimento não só do contraditório, mas de todos os demais princípios que regem o processo penal para submeter ao Poder Judiciário processamento e julgamento da

autoria e da real materialidade da infração penal por parte do agente público.

- Precedentes do STJ decidindo pela impropriedade de análise de material probatório aprofundado em sede de habeas corpus.

- Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide o Egrégio Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, denegar a ordem, nos termos do relatório e voto constantes dos autos, que fazem parte do presente julgado.

Recife, 13 de março de 2003 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA:

Trata-se de pedido de ordem de *habeas corpus* preventivo com pedido de trancamento da ação penal instaurada, em favor de Antenor Manoel Napolini, com base no art. 648, I, c/c art. 43, I, ambos do Código de Processo Penal. Nos termos do art. 660, § 2º, do mesmo diploma procedimental, requer o impetrante liminar para suspensão do processo até julgamento definitivo do presente *writ*.

Diz o impetrante, em resumo, que o MM. Juiz Substituto da 12ª Vara da Seção Judiciária do Ceará o está submetendo a constrangimento ilegal, por ter recebido denúncia do MPF contra o mencionado paciente, tendo sido instaurada a ação penal sem justa causa, uma vez patente a atipicidade do fato tido como criminoso.

A denúncia, encartada às fls. 13/17, narra que, em 11/05/01, a Secretaria de Educação Básica do Estado do Ceará, representada pelo Secretário e ora paciente Antenor Manoel Napolini, celebrou com a Editora Globo S/A o contrato nº 030-2001, com o objetivo de adquirir livros didáticos e fitas de vídeos da série intitulada "TELECURSO 2000", dirigida ao ensino médio e fundamental.

Ocorre que tal procedimento, diz o órgão ministerial, fora realizado sem atender às regras de preço de mercado, tendo sido comprados livros do “TELECURSO 2000” à referida Editora pelo valor de R\$ 5,15 (cinco reais e quinze centavos) e fitas de vídeos ao preço unitário de R\$ 17,00 (dezesete reais), perfazendo a soma total de R\$ 2.239.235,45 (dois milhões, duzentos e trinta e nove mil, duzentos e trinta e cinco reais e quarenta e cinco centavos), em flagrante prejuízo ao Erário. A acusação do *Parquet* Federal está em que o referido material didático poderia ter sido adquirido por preço inferior em outras livrarias. Tal conduta teria infringido o tipo penal previsto no art. 89, *caput*, da Lei 8.666/93.

Indeferi a liminar requestada (decisão de fls.43/44), pois não vislumbrei a incidência dos requisitos do *periculum in mora* e do *fumus bonis juris* para que fosse suspensa a marcha processual da ação penal instaurada.

As informações da autoridade - dita coatora - encontram-se às fls. 46/50 e Parecer da Procuradoria Regional Federal encartado às fls. 52/56.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA (Relator):

O tema central do presente *writ* diz respeito à averiguação sobre se houve ou não por parte do então Secretário de Educação Básica do Estado do Ceará comportamento que possa ensejar a perpetração do crime previsto no art. 89, *caput*, da Lei nº 8.666/93, que assim dispõe:

“Art. 89. Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade:

Pena - detenção, de 3 (três) a 5 (cinco) anos e multa.

Parágrafo único. Na mesma pena incorre aquele que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, beneficiou-se da dispensa ou

inexigibilidade ilegal, para celebrar contrato com o Poder Público”.

A matéria, portanto, a ser analisada é meramente probatória e não apenas isso. Envolve análise acurada do material trazido à baila, o que torna inadequada a eleição da ação constitucional de *habeas corpus* para tal finalidade.

Vejamos.

Diz o *Parquet* Federal em sua exordial inicial (fls. 14):

“O referido material didático poderia ter sido adquirido pelo Estado do Ceará em livrarias que o revendem, por preço inferior ao praticado pela Editora Globo S/A, descaracterizando-se, de tal forma, a inviabilidade de competição”.

Em contrapartida, o paciente alega que tudo foi realizado de acordo com as normas procedimentais previstas nos arts. 25, I, 26, 38, VI, 54, § 2º, 61 e 62 da referida Lei, o que leva a considerar que não se perfez a tipificação penal imputada.

Afora isto, em seu favor, aponta o paciente que a Associação Comercial de São Paulo apresentou à Secretaria de Educação Básica do Ceará *uma declaração de exclusividade* de venda daquele material, atestando, assim, que ela detém exclusividade do material didático referente ao TELECURSO 2000, 1º e 2º Graus, do TELECURSO 1º e 2º Graus. Tais fatos - se verdadeiros - estariam dentro da previsão da dispensa da competição prevista no art. 25, I, da Lei nº 8.666/93.

O Ministério Público, porém, insurge-se contra tal alegação, aduzindo às fls.16:

“O que, todavia, é falso (o conteúdo contido na declaração da referida Associação), porquanto o mesmo material é vendido em livrarias, como a Livraria Livro Técnico, nesta Capital, o Ministério Público Federal requer seja oficiado àquela entidade para que esclareça se referida declaração envolve efetivamente a exclusividade na comercialização dos livros”.

Há também outro fator que enseja defesa: diz o impetrante que o paciente agiu sem dolo e que tal fato não fora devidamente caracterizado na denúncia, isto é, *não comprova a acusação* que o referido paciente agira com consciência acerca da exigibilidade de licitação naquela contratação.

Outros elementos que ensejam análise aprofundada de material probatório poderiam ser apontados ao longo de toda a petição, mas os já indicados, por si mesmos, já são suficientes para se observar que não podem ser objeto de análise em sede do *writ*, ante a precariedade de seu rito, que é sumário.

Precedente na jurisprudência pátria vem de há muito se inclinando nesse sentido, a exemplo do julgamento no STJ no HC 13838/RJ, em ementa de teor:

“PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. CRIME DE FALSIDADE IDEOLÓGICA. TIPICIDADE DA CONDUTA. JUSTA CAUSA. EXAME DE PROVAS. INADEQUAÇÃO DO *WRIT*. INEXISTÊNCIA DE SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. INOCORRÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL.

- Não se evidenciando, de imediato, a atipicidade do fato, a ausência de indícios que embasem a acusação ou a presença de motivo para a extinção da punibilidade, não há como se acolher a alegação de falta de justa causa para a ação penal.

- É certo que o *habeas corpus*, pela sua magnitude constitucional, como instrumento de proteção da mais relevante franquia democrática, o direito de locomoção, não pode sofrer restrições descabidas. Todavia, o seu rito especial, no qual não há espaço para dilação probatória, impossibilita a sua utilização para o deslinde de temas que envolvam longa indagação sobre matéria de fato controvertida.

- O inquérito policial não é indispensável para a propositura de ação penal, exigindo-se, tão-somente, que a denúncia seja embasada em elementos demonstrativos da existência do fato criminoso e de indícios da autoria.

- Habeas corpus denegado”.

(Fonte: DJ data: 18/02/2002, pg: 00501, Relator Min. Vicente Leal. Decisão: 11/12/2001. T6 . Unânime).

Pela denegação da ordem.

É como voto.

HABEAS CORPUS Nº 1.707-PB

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO
Impetrante: DR. AUGUSTO SÉRGIO SANTIAGO DE BRITO PE-
REIRA
Impetrado: JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA - PB
Pacientes: RICARDO TADEU MOTA SALVADOR E ISABELA
FERNANDA DONATO SIMÃO

EMENTA: CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. CRIME COMETIDO POR SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL NO EXERCÍCIO DE SUAS FUNÇÕES. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. INTELIGÊNCIA DO ART. 109, IV, DA CF/88 E DA SÚMULA 147 DO STJ. JUSTA CAUSA PARA A AÇÃO PENAL. NECESSIDADE DE COGNIÇÃO EXHAURIENTE. INCOMPATIBILIDADE COM A VIA ELEITA.

- O art. 109, IV, da CF/88 não deixa dúvidas do ensejo à competência do Juízo Federal quando a prática delituosa, conquanto não lesionando bens pertencentes à União, influi negativamente nos serviços por ela prestados, ou contraria seus interesses.

- Numa interpretação lógica, não há espaço para a conclusão de que somente interessam à União os crimes cometidos contra o servidor federal relacionados ao exercício de suas funções (Súmula 147/STJ), não se caracterizando tal interesse quando o próprio servidor, também em meio a suas atribuições, passa a delinquir.

- ***A análise da justa causa para a ação penal, pelas razões expostas na petição de habeas corpus, reclama uma cognição exauriente, própria da instrução processual, incompatível, por conseguinte, com a via eleita.***
- ***Ordem denegada.***

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, denegar a ordem, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas anexos, que passam a integrar o presente julgado.

Recife, 21 de Agosto de 2003 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO:

Versam os autos sobre ordem de *habeas corpus* onde se almeja o reconhecimento da incompetência da Justiça Federal para o processamento de ação criminal onde se imputa aos pacientes a prática dos delitos tipificados nos arts. 171, *caput* e § 3º, e 288 do CP, postulando, ainda, o trancamento da mesma ação.

As razões do *writ* resumem-se nos seguintes pontos:

- a) incompetência da Justiça Federal, mercê de demonstrada, mediante relatório de avaliação realizado por peritos do Ministério da Saúde, a inexistência de qualquer prejuízo patrimonial experimentado pela União, consoante conclusão do inquérito policial; e
- b) ausência de justa causa para a ação penal, em razão de:
 - existência de coisa julgada em relação à paciente Isabela Fernanda Donato Simão, que, supostamente, já teria sido processada, na Justiça Estadual, pelo delito que ora se lhe está sendo imputado, tendo

realizado transação penal e cumprido os encargos inerentes à mesma; e

- ressarcimento do dano pelo outro paciente, Ricardo Tadeu Mota Salvador, que teria devolvido toda a quantia indevidamente depositada na sua conta bancária, denunciando a irregularidade a todas as autoridades e colocando o dinheiro em conta bancária, através de advogado, à disposição dos prejudicados.

Informações prestadas às fls. 74-76, onde a autoridade apontada como coatora sustenta que, tendo as fraudes perpetradas sido praticadas por servidores públicos federais no exercício de suas funções, os atos ilícitos repercutiriam em serviço ou interesse da União, atraindo a competência da Justiça Federal para o julgamento do feito, conforme se extrai do teor das Súmulas 147 e 122 do STJ, além de recente entendimento do mesmo tribunal.

Liminar denegada às fls. 77, frente e verso.

Parecer ministerial pela denegação da ordem (fls. 79-84).

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO (Relator):

Noticia a denúncia que os pacientes, juntamente com os também médicos Josivan Estevan da Silva, Severino de Souza Silva Filho e Humberto José de Carvalho Araújo, todos credenciados pelo Sistema Único de Saúde, em conluio com os também denunciados João Ronaldo Costa de Carvalho e Carlos Salazar de Alencar Cunha, desviaram, em proveito próprio, recursos destinados à contraprestação de serviços prestados por médicos e hospitais.

O denunciado João Ronaldo Costa de Carvalho, então empregado do setor de faturamento do Hospital Instituto de Tisiologia e Pneumologia de Campina Grande, ao preparar os disquetes destinados à Secretaria de Saúde da Paraíba, para fins de remuneração, pelo Ministério da Saúde, daquela casa de saúde e dos profissionais que ali prestavam serviço ao SUS, passou a substituir os

números do CGC do hospital e do CPF dos médicos pelo CPF do denunciado Humberto José de Carvalho Araújo.

Assim, quando do pagamento efetuado pelo Ministério, expressivas somas foram indevidamente depositadas na conta do citado acusado, em prejuízo do hospital e dos médicos que realmente prestaram serviços (fls. 23-24).

Tão logo descoberta a fraude, o denunciado João Ronaldo foi dispensado de suas funções, perdendo o acesso ao disquete contendo os dados do faturamento do hospital. Isso, no entanto, não impediu a continuidade da ação delituosa, através de um outro denunciado, Carlos Salazar de Alencar Cunha, antigo funcionário da DATASUS em João Pessoa, com franco acesso ao Núcleo de Informática da Secretaria de Saúde da Paraíba na época dos fatos, o que lhes permitiu estender o golpe a outros hospitais.

Aí está o cerne da discussão acerca da competência: o suposto envolvimento de servidor federal nos fatos apontados como criminosos levou a autoridade coatora a rejeitar a preliminar de incompetência da Justiça Federal, a meu ver, com razão.

Realmente, segundo registra o relatório do inquérito policial, a avaliação realizada por peritos da DATASSUS teria chegado à conclusão de que a ocorrência de que tratam os autos *“não onerou financeiramente o SUS, uma vez que os valores repassados foram realmente cobrados pelos hospitais, apenas, por ato lesivo foram desviados de quem realmente se destinavam”* (fls. 31-32).

Tal constatação, no entanto, não afasta, por si só, a competência da Justiça Federal, cuja configuração não se condiciona, exclusivamente, em razão de eventual prejuízo *patrimonial* experimentado pela União. A Constituição da República é clara:

“Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

.....
IV - os crimes políticos e as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas (...).”

O preceptivo supra não deixa dúvidas do ensejo à competên-

cia do Juízo Federal, quando a prática delituosa, conquanto não lesionando bens pertencentes à União, influi negativamente nos serviços por ela prestados, ou contraria seus interesses.

No caso vertente, evidente é a repercussão negativa do crime nos serviços de assistência médica prestados pelo Ministério da Saúde, quando os numerários destinados à remuneração dos hospitais e médicos credenciados foram desviados para as contas bancárias de alguns dos denunciados, mediante fraude que, a certa altura, somente se fez possível graças a um servidor federal, o denunciado Carlos Salazar de Alencar Cunha.

Nesse sentido, consta do relatório do inquirido:

*“... A existência de uma estreita ligação entre **João Ronaldo e Carlos Salazar de Alencar Cunha**, funcionário antigo do Núcleo da DATASUS em João Pessoa e profundo conhecedor dos programas utilizados no processamento das contas hospitalares e que tinha franco acesso ao Núcleo de Informática da Secretaria de Saúde do Estado da Paraíba na época dos fatos, não só porque a transferência dessa atividade tinha passado há pouco tempo para o Estado, como também era ele que ficara incumbido de treinar e dar assistência aos servidores estaduais que passariam a desempenhar aquela missão (...).”* (Destques de original (fls. 63).

Vê-se, pois, que tal denunciado, aproveitando-se de informações privilegiadas, conhecidas em razão de seu mister, teria dado prosseguimento à prática criminosa, estendendo-a, inclusive, a outros hospitais do Estado da Paraíba, afetando, dessarte, a prestação dos serviços de treinamento e assistência de servidores estaduais de que estava incumbido.

Nesse diapasão, vale invocar o que preceitua a Súmula 147 do colendo STJ, que assim dispõe:

“Compete à Justiça Federal processar e julgar os crimes cometidos **contra** servidor público federal, quando **relacionados com o exercício da função**”.

(Destacamos).

Percebe-se a perfeita atenção da súmula ao que dispõe o art. 109, IV, da Constituição, restringindo a competência da Justiça Federal para julgar os delitos contra servidor federal apenas às hipóteses em que o crime está ligado ao exercício das funções deste, justamente porque tal se dá em detrimento de serviço prestado pela União, como o exige a Magna Carta.

Numa interpretação lógica, não vejo espaço para a conclusão de que somente interessam à União os crimes cometidos *contra* o servidor federal relacionados ao exercício de suas funções, não se caracterizando tal interesse quando o próprio servidor, também em meio a suas atribuições, passa a delinqüir.

Trata-se, aliás, de entendimento veiculado em recentes acórdãos do egrégio Superior Tribunal de Justiça, a exemplo do que restou assentado no julgamento do REsp 404161/SP, Relator o Min. José Arnaldo da Fonseca:

“RECURSO ESPECIAL. PENAL. SEQÜESTRO E CÁRCERE PRIVADO. INTERPOSIÇÃO SOMENTE QUANTO AO ALEGADO DISSÍDIO. FALTA DE COMPROVAÇÃO. **CRIME COMETIDO POR FUNCIONÁRIOS PÚBLICOS FEDERAIS NO EXERCÍCIO DAS FUNÇÕES. COMPETÊNCIA DO JUÍZO FEDERAL. SÚMULA 122/STJ E JURISPRUDÊNCIA PACÍFICA.** REVOLVIMENTO DE PROVAS. SÚMULA 7/STJ. IMPOSSIBILIDADE DE SE CONFERIR EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ESPECIAL. PRECEDENTES.

- O alegado dissenso pretoriano não foi demonstrado de forma eficaz, cabendo ainda salientar que as decisões trazidas como paradigmas já se encontram superadas **em razão do entendimento mais recente, perfilhado pela Súmula 122/STJ e pela jurisprudência desta Corte, no sentido de que, tratando-se de crime praticado por servidor público federal, no exercício de suas funções, a competência se estabelece em favor do Juízo Federal.**

- Inviável a discussão sobre o fato de ter ou não ter

sido o delito praticado no exercício de suas funções, considerando que o acórdão, ao exame de fatos e provas, assim declarou. Súmula 7/STJ.

- Impossibilidade de se conceder efeito suspensivo a recurso especial.

- Precedentes.

- Recurso não conhecido”.

(*DJU* de 07.10.2002, p. 281) - destacamos.

De se rejeitar, ainda, o argumento de que somente um dos denunciados seria funcionário público, não havendo prova de que os demais o conheçam, não se justificando, assim, a competência da Justiça Federal.

A isso responde a Súmula 122 do STJ:

“Compete à Justiça Federal o processo e julgamento unificado dos crimes conexos de competência federal e estadual, não se aplicando a regra do art. 78, II, *a*, do CPP”.

Posto isso, reputo competente a Justiça Federal para o conhecimento e julgamento do feito.

Passo à análise do pedido de trancamento da ação penal, igualmente improcedente.

É que a análise da justa causa para a ação penal, pelas razões expostas na petição de *habeas corpus*, reclama uma cognição exauriente, própria da instrução processual, e incompatível, por conseguinte, com a via eleita.

Observo, nesse sentido, que o “termo de instrução e julgamento” (fls. 69-70) acostado aos autos pelo impetrante, com o fito de demonstrar uma pretensa coisa julgada em relação à paciente Isabela Fernanda Donato Simão, não se presta a tal fim.

O que se extrai do dito documento é apenas o termo de transação penal alusivo ao Sr. Severino de Souza Filho, um dos denunciados na ação penal que se deseja trancar, o que constitui um indício, mas não demonstra, de plano - como é exigível -, uma ligação direta com os fatos narrados na denúncia em causa, a ponto de provar a identidade de objetos entre as duas ações pe-

nais (rememore-se que a ação de *habeas corpus* demanda prova pré-constituída).

Seria preferível que o impetrante fizesse a juntada de cópia integral daquele feito, de modo que restasse mais claro sobre o que o mesmo versa, o que poderá, oportunamente, fazer na instrução criminal.

Ademais, como bem observou o douto representante do *Parquet*, sequer se verifica se a transação foi aceita pela paciente, surtindo seus efeitos (fl. 83).

Melhor sorte não assiste ao paciente Ricardo Tadeu Mota Salvador, vez que a propalada restituição dos valores não se revela estreme de dúvidas, consoante se colhe da seguinte passagem do relatório do inquérito policial:

“... 1. O Ministério da Saúde creditou indevidamente em sua conta corrente um total de R\$ 15.554,30, sendo R\$ 11.803,43 no dia 06 e R\$ 3.750,87 no dia 12;
*2. Ao contrário do que afirmou em seu interrogatório, o extrato demonstra que no dia 11.03.97 foi feita uma retirada de R\$ 12.200,00, ficando apenas um saldo de R\$ 43,65. Dos 3.750,87 creditados no dia 12, nos dias 13 e 14 foram sacados um total de R\$ 1.428,80. Somente no dia 24.03.97, **Ricardo Tadeu Mota Salvador** retornou parte do que recebera para a conta, quando efetuou um depósito de R\$ 9.500,00, e, no dia seguinte, transferiu a quantia de R\$ 11.842,00 para a conta de seu advogado, aqui em João Pessoa”. (Fls. 55).*

Como se vê, a questão não se reveste da simplicidade que o impetrante pretende lhe emprestar. Do contrário, o paciente sequer teria sido indiciado.

Se os fatos ocorreram tal qual afirma o impetrante, o dolo inerente à conduta típica não estaria, em tese, presente, o que somente poderá ser apurado mediante um juízo de tipicidade, após o exame exaustivo de fatos e provas, afeto ao juízo competente para o julgamento do feito.

Diante dessas considerações, denego a ordem impetrada.

É o voto.

INQUÉRITO Nº 674-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL ERHARDT
(CONVOCADO)
Autora: JUSTIÇA PÚBLICA
Indiciado: CARLOS ADILSON PINTO LAPA
Advogados: DRS. CARLOS ADILSON PINTO LAPA E OUTRO
(IND.)

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. INQUÉRITO POLICIAL. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO CONCEDIDO COM BASE EM DECLARAÇÃO FALSA. ART. 171, § 3º, DO CÓDIGO PENAL. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE.

- O crime de estelionato contra a Previdência, fundado em recebimento fraudulento de benefícios previdenciários, é classificado como eventualmente permanente e, por isto mesmo, o seu prazo prescricional apenas é iniciado com a cessação do benefício.

- Inaplicável, todavia, o disposto no art. 111, inciso III, do Código Penal, quando a participação do denunciado no aludido ilícito consubstanciou-se unicamente em declaração falsa ensejadora da concessão do benefício indevido.

- Hipótese em que o delito perpetrado consumou-se num só momento, na concessão da aposentadoria fraudulenta à beneficiária, contando-se a partir deste evento o prazo prescricional.

- Delito cuja pena máxima, abstratamente prevista, é inferior a 8 (oito) anos. Prescrição em 12 (doze) anos, nos termos do art. 109, III, do CP.

- Extinção da punibilidade do denunciado em razão da prescrição da pretensão punitiva do Estado. Denúncia rejeitada.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide o plenário do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, rejeitar a denúncia face à extinção da punibilidade do denunciado em razão da prescrição da pretensão punitiva do Estado, nos termos do voto do Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 18 de junho de 2003 (data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL ERHARDT - Relator Convocado

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL ERHARDT (Convocado):

Cuida-se de denúncia oferecida inicialmente contra Carlos Adilson Pinto Lapa, José Rolim Rodrigues, Severino José de Moraes, Odenita Bezerra do Carmo Cavalcanti e Cristália Muniz da Silva como incurso nas penas previstas para o ilícito tipificado no art. 171, § 3º, do Código Penal, por terem participado da concessão fraudulenta de benefício previdenciário (pago de setembro de 1976 a agosto de 1980) em favor de Josefa Maria da Conceição.

Esclareceu, ainda, o *Parquet* que não denunciava contra Josefa Maria da Conceição em razão de seu falecimento (certidão de óbito às fls. 83).

A denúncia foi, a princípio, recebida pelo Juiz Federal que presidia o feito, em 24/08/1988. Todavia, tomando conhecimento de que um dos denunciados, Sr. Carlos Adilson Pinto Lapa, exercia cargo eletivo que lhe conferia prerrogativa de foro, o douto Magistrado anulou os atos processuais até então praticados e declinou da competência em favor deste eg. TRF (fls. 163).

Neste Tribunal, o feito foi distribuído ao eminente Juiz Francis-

co Falcão, hoje Ministro do col. STJ, que, em 12 de março de 1990, encaminhou ofício à Assembléia Legislativa do Estado de Pernambuco, solicitando a competente licença para processar criminalmente o então Deputado Estadual Carlos Adilson Pinto Lapa (fls. 167).

Tendo em vista a ausência de manifestação da referida Assembléia Legislativa, o Ministério Público Federal requereu, às fls. 216/222, o desmembramento do feito para que, perante o Juiz Singular, fosse dada continuidade à ação penal em relação aos demais denunciados.

Em razão da posse do Exmo Relator, Dr. Francisco Falcão, na Presidência deste eg. Tribunal, foi o processo redistribuído, em 04/07/1997, ao eminente Des. Federal Nereu Santos, hoje aposentado.

Em substituição ao Des. Relator Nereu Santos (naquela ocasião em gozo de licença-prêmio), deferi, às fls. 225, o requerimento do Ministério Público Federal.

Retornando os autos ao Juízo *a quo*, deu-se prosseguimento ao feito, salvo em relação ao Sr. Carlos Adilson Pinto Lapa, uma vez que ainda se aguardava manifestação da respectiva Casa Legislativa.

O *Parquet*, todavia, em promoção às fls. 274/276, opinou pela extinção da punibilidade dos acusados José Rolim Rodrigues, Severino José de Moraes, Odenita Bezerra do Carmo Cavalcanti e Cristália Muniz da Silva, face à prescrição da pretensão punitiva do Estado.

Assim, o douto Juiz Federal Edvaldo Batista da Silva Júnior, no exercício da 12ª Vara, decretou a extinção da punibilidade dos referidos acusados (fls. 277/281), nos termos do pedido do Ministério Público.

Retornando os autos a este eg. Tribunal, a Representante do *Parquet* Federal, Dra. Eliane de Albuquerque Oliveira Recena, ofereceu promoção, às fls. 305/307, opinando pelo prosseguimento do feito em relação ao Sr. Carlos Adilson Pinto Lapa, tendo em vista as novas disposições do art. 53 da Constituição Federal, com a redação que lhe deu a Emenda Constitucional nº 35.

Promoção deferida às fls. 320, o denunciado foi notificado, conforme estabelece o art. 4º da Lei nº 8.038/90, e ofereceu resposta à denúncia, às fls. 326/330, pedindo que seja decretada a extinção da punibilidade em razão da prescrição retroativa ou, se assim não entender esta eg. Corte, seja acolhida a tese de negativa de autoria.

Nos termos do art. 6º da Lei 8.038/90, pedi dia para deliberação deste Tribunal acerca do recebimento ou rejeição da denúncia.

É, em síntese, o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL ERHARDT (Relator Convocado):

A denúncia assim narra os fatos:

“A denunciada Cristália Muniz da Silva, conhecida como Nenê, providenciou a documentação necessária à obtenção, por d. Josefa Maria da Conceição, de uma pensão vitalícia concedida pelo Instituto Nacional de Previdência Social - INPS aos setu-agenários que houvessem pelo tempo mínimo de cinco anos desempenhado profissão que posteriormente viesse a ser enquadrada na Previdência Social e não possuíssem renda bastante para uma subsistência normal.

Essa documentação consistiu no requerimento de fls. 8, firmado por funcionário do INPS, matrícula nº 43991, Agência de Carpina, por ser a interessada analfabeta, e nas declarações de fls. 9 e 10, de renda insuficiente e de atividade profissional como lavadeira, no período de 1930 a 1965, para empregadores diversos, ambas firmadas pelo referido funcionário, mas falsamente abonadas pelos demais denunciados, principalmente a de fls. 10, cujo abono coube a Severino José de Moraes e Odenita Cavalcanti, pois a beneficiária declarou, posteriormente, à comissão do INPS encarregada da revisão das

pensões, que nunca trabalhou de ganho, vivendo sempre em casa de seus familiares, razão por que o INPS suspendeu o pagamento da sua pensão”.
(Fls. 02/03).

Pede o defendente, em sua resposta à denúncia (fls. 326/330), que seja decretada a extinção da punibilidade em razão da prescrição retroativa ou, se assim não entender esta eg. Corte, seja acolhida a tese de negativa de autoria.

É bem verdade que o crime de estelionato contra a Previdência, fundado em recebimento fraudulento de benefícios previdenciários, é classificado como eventualmente permanente e, por isto mesmo, em relação a tal delito o prazo prescricional apenas é iniciado com a cessação do benefício, na forma prevista no art. 111, III, do Código Penal.

Neste sentido, por oportuno, trago à colação aresto do Superior Tribunal de Justiça, *verbis*:

“PENAL. ESTELIONATO. FRAUDE NA PERCEPÇÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. PRESCRIÇÃO.

- Tratando-se de estelionato de rendas mensais, que dura no tempo, há permanência na consumação (delito eventualmente permanente), devendo o termo inicial da prescrição contar-se da cessação da permanência (art. 111, III, do CP). Precedentes.

- Recurso especial conhecido e provido”.

(Rec. Especial nº 40809-SP; Rel. Min. Assis Toledo, julg. em 21/02/94).

Ocorre, todavia, que, *in casu*, a participação do denunciado no aludido ilícito consubstanciou-se unicamente na declaração, acostada aos autos às fls. 14, na qual assegura ser verdadeira a afirmação feita pela Sra. Josefa Maria da Conceição (requerente da pensão vitalícia) de que não mais exercia atividade remunerada e que não possuía renda em dinheiro superior à metade do maior salário mínimo vigente no País ou meios para prover sua subsistência.

Entendo, com efeito, que o delito perpetrado pelo denunciante

consumou-se num só momento, na concessão da aposentadoria fraudulenta à beneficiária, que se deu em setembro de 1976, contando-se a partir deste evento o prazo prescricional.

A jurisprudência deste eg. Tribunal é, aliás, nesse mesmo sentido, conforme se vê das seguintes ementas:

“PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. ESTELIONATO CONTRA A PREVIDÊNCIA. PRESCRIÇÃO. TERMO *A QUO*.

- A percepção de benefício previdenciário, decorrente de fraude, é crime eventualmente permanente, iniciando-se o prazo prescricional, nessa hipótese, apenas da data em que for cessada a permanência - CP, art. 111, III.

- No entanto, se o recorrente não passou a receber mensalmente o benefício, conjuntamente com o fraudulento segurado, havendo a sua participação restringido-se à subscrição de falsa declaração de tempo de serviço, o estelionato, pelo menos quanto a ele, consumou-se no momento em que a declaração falsa induziu a Previdência em erro e a levou a iniciar o pagamento, passando a correr daí o prazo prescricional. Precedente do Tribunal – ACR nº 379-AL, Rel. Juiz Castro Meira.

- Prescrição consumada. Provimento de recurso para declarar a extinção da punibilidade”.
(RCCR 218-PB, Rel. Des. Ridalvo Costa, julg. à unân. em 07/05/98).

“PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. ESTELIONATO. PERCEPÇÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO FRAUDULENTO. ESTELIONATO. PRESCRIÇÃO. TERMO *A QUO*. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE.

1. O crime de estelionato (artigo 171 do Código Penal) pode ser tido como crime eventualmente permanente, máxime em casos onde, após fraudulento deferimento de benefício previdenciário, há a paga ilícita dos valores, por dez anos, até o cancelamento.

lamento pelo INSS. Precedentes.

2. Em se tratando de crime eventualmente permanente, o *dies a quo*, para a contagem do lapso prescricional, será aquele em que cessar a permanência, no caso, o dia do cancelamento do benefício. Inteligência do artigo 111, inciso III, do Código Penal.

3. Se os recorridos não perceberam mensalmente o benefício previdenciário, em conjunto com a outra segurada, limitando-se as suas participações à subscrição de falsa declaração, bem como ao deferimento do favor legal, deve ser levado em consideração o princípio insculpido no art. 29, *caput*, § 1º, do Estatuto Repressor, que estabelece que a graduação da pena deve ser maior ou menor conforme a culpabilidade do agente.

4. O estelionato, em relação aos recorridos, consumou-se no momento em que a Previdência foi induzida a iniciar um pagamento indevido, começando a fluir daí o lapso prescricional. Extinção da punibilidade em relação aos réus Luiz Soares da Silveira, Antonio Fernandes da Silva e Maria das-Neves Lima da Silva, pela prescrição punitiva pela pena *in abstracto*.

5. Recurso em sentido estrito improvido”.

(RCCR 340-PB, Rel. Des. Geraldo Apoliano, julg. à unân. em 29/06/2000).

A pena máxima cominada, em abstrato, ao crime de estelionato qualificado é inferior a 8 (oito) anos, conforme estabelece o art. 171, § 3º, do Código Penal, *verbis*:

“Art. 171. Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa.

(...)

§ 3º A pena aumenta-se de um terço, se o crime é cometido em detrimento de entidade de direito pú-

blico ou de instituto de economia popular, assistência social ou beneficência”.

Outrossim, segundo o art. 109, inciso III, do Código Penal, dá-se a prescrição da pretensão punitiva do Estado em 12 (doze) anos, se o máximo da pena, abstratamente prevista, é superior a 4 (quatro) anos e não excede a 8 (oito) anos.

Verifico, pois, que, na hipótese dos autos, a prescrição da pretensão punitiva do Estado se consumou em setembro de 1988, antes mesmo de ter sido enviado o primeiro ofício à Assembléia Legislativa de Pernambuco solicitando a, então necessária, licença para instauração do processo criminal contra o denunciado (12/03/1990).

Diante do exposto, rejeito a denúncia ofertada, declarando extinta a punibilidade do denunciado Carlos Adilson Pinto Lapa, em razão da prescrição da pretensão punitiva do Estado.

É como voto.

RECURSO CRIMINAL Nº 462-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO
Recorrente: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Recorridos: FERNANDO BARBOSA PEREIRA, ANA COELHO DA SILVA E RAIMUNDO HUDSON FERNANDES TEIXEIRA
Advogado: DR. PÉRICLES RODRIGUES SABÓIA (RECDOS.)

EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. DENÚNCIA. RECEBIMENTO. ALTERAÇÃO DE CAPITULAÇÃO. IMPROPRIEDADE. CABIMENTO DO RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. INTELIGÊNCIA DO ART. 581, I, DO CPP.

- O recebimento da denúncia, com capitulação diversa da que dela consta, equivale à sua rejeição, ensejando o manejo do recurso em sentido estrito.

- A desclassificação do delito pelo juiz não tem

lugar quando do recebimento da denúncia, somente tendo ensejo por ocasião da prolação da sentença.

- Precedentes.

- Provimento do recurso para reformar a decisão recorrida em ordem a receber a denúncia com a exata capitulação nela apresentada.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, dar provimento ao recurso em sentido estrito, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas anexos, que passam a integrar o presente julgado.

Recife, 7 de agosto de 2003 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO:

Irresignado com decisão onde o MM. Juiz da 11ª Vara da Seção Judiciária do Ceará, ao receber denúncia onde se imputava a Fernando Barbosa Pereira e outros a prática do delito previsto no art. 70 da Lei nº 4.117/62, deu aos fatos narrados capitulação diversa daquela contida na exordial, subsumindo-os na hipótese prevista no art. 183 da Lei nº 9.472/97, interpôs o MPF, com fulcro no art. 581, I, do CPP, recurso em sentido estrito, onde almeja a reforma, em parte, da decisão (fls. 276-281).

Aduz que da decisão vergastada advém importante consequência: a impossibilidade da concessão do benefício da suspensão condicional do processo, mercê da pena mínima atribuída ao art. 183 da Lei nº 9.472/97.

Em sede de preliminar, defende o cabimento do recurso na hipótese, conquanto a decisão recorrida não tenha deixado de receber a denúncia – como o exige expressamente o art. 581, I, do CPC –, argumentando, com base na doutrina de Mirabete e em

precedentes, que o recebimento da denúncia com capitulação diversa daquela indicada equivale à sua rejeição.

Averba, no mérito, descaber ao magistrado o recebimento da denúncia com capitulação diferente da que dela consta, pois tal expediente consistiria em alteração do pedido em razão do qual tramitará o feito, traduzindo usurpação das atribuições do *Parquet*, o que resultaria “num juízo prévio sobre o mérito posto a sua apreciação, o que deveria ocorrer somente na ocasião da prolação da sentença”.

Salienta, ademais, que estaria, de qualquer forma, correta a capitulação estampada na exordial, dada a inequívoca subsunção da conduta dos acusados à moldura do art. 70 da Lei nº 4.117/62, dado que a Lei nº 9.472/97, embora dispondo de forma mais ampla sobre os serviços de telecomunicações, não revogou a lei primitiva em sua totalidade, preservando-lhe os preceitos relativos à radiodifusão e respectivos crimes, de sorte que, versando a ação penal sobre fatos alusivos à radiodifusão, resta inafastável a incidência do disposto no citado art. 70 da Lei nº 4.117/62.

Intimados por carta precatória, os recorridos não apresentaram contra-razões (fls. 285-298).

Apreciando o recurso, o Juízo *a quo* manteve a decisão atacada, reputando superada a jurisprudência corrente segundo a qual é defeso ao magistrado alterar a capitulação constante da denúncia por ocasião de seu recebimento, afirmando que tal entendimento teria presente a ausência de conseqüências penais e processuais penais imediatas, o que não ocorreria na espécie, onde o recebimento da exordial com sua capitulação original geraria direitos de ordem penal e processual penal para os réus, a exemplo da suspensão condicional do processo e da transação penal (fls. 301-302).

Parecer ministerial pelo conhecimento e provimento do recurso (fls. 308-314).

Em mesa para julgamento.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO (Relator):

Razão assiste, a meu ver, ao recorrente.

Inicialmente, entendo que a hipótese comporta a interposição do recurso, a despeito de não se enquadrar o caso na literalidade do que prescreve o art. 581, I, do CPP, que passo a transcrever:

“Art. 581. Caberá recurso, no sentido estrito, da decisão, despacho ou sentença:

I - que não receber a denúncia ou a queixa”.

Desnecessárias, assim, perquirições acerca da taxatividade ou não das hipóteses ensejadoras do recurso elencadas no rol contido em tal dispositivo processual, posto que o enquadramento se daria no inciso primeiro do mesmo, acima transcrito.

De feito. O recebimento da denúncia com a alteração da capitulação dos fatos descritos equivale à sua rejeição, uma vez que a mesma não foi recebida tal qual apresentada.

Acolhendo o recurso em casos desse jaez, tem-se a jurisprudência do egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

“RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. RÉUS DENUNCIADOS COMO INCURSOS NAS SANÇÕES DO ART. 297, *CAPUT*, DO CP. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA PELO MAGISTRADO, COM A ALTERAÇÃO DA CAPITULAÇÃO LEGAL DOS FATOS. INTERPOSIÇÃO DE RECURSO EM SENTIDO ESTRITO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO.

- O recebimento da denúncia, com capitulação diversa da constante na mesma, equivale à sua rejeição.

- Provimento do recurso.

- Recebimento da denúncia, com capitulação do fato dela constante.

- Unânime”. (*RJTERGS* 199/97).

No tocante ao mérito, como bem sintetiza o substancioso parecer do douto Procurador Regional da República, dois aspectos

devem ser abordados: a adequação do momento processual para o julgador dar nova capitulação aos fatos noticiados na denúncia e a sua correta tipificação.

Entendo que a discussão se esgota na questão processual.

Realmente, desde muito se acha cristalizado o entendimento segundo o qual não é lícito ao magistrado alterar, por ocasião do recebimento da denúncia, a capitulação dos fatos aos quais a mesma se reporta.

De se conferir, a propósito, o que restou assentado pela 5ª Turma do c. STJ, no julgamento do RHC 12381/SP, relatado pelo Min. Edson Vidigal, donde se extraiu a seguinte ementa:

“PENAL. PROCESSUAL. USO DE DOCUMENTO FALSO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA FALSIFICAÇÃO DE CERTIDÃO. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. IMPROPRIEDADE. CPP, ART. 410.

1. O acusado defende-se dos fatos narrados na denúncia, e não de sua capitulação, não sendo apropriado, no momento do recebimento da denúncia, a alteração da definição jurídica apresentada pelo Ministério Público.

2. Recurso a que se nega provimento”.

(DJU 29.04.2002, p. 261).

No mesmo sentido, a 6ª Turma do mesmo tribunal, ao julgar o HC 19317/SP, Relator Min. Vicente Leal, assim decidiu:

“PROCESSUAL PENAL. DENÚNCIA. CAPITULAÇÃO DO CRIME. DESCLASSIFICAÇÃO. MOMENTO PROCESSUAL.

- Oferecida a denúncia pelo Ministério Público, com a capitulação do fato atribuído ao réu em determinado tipo criminal, e recebida a peça de acusação em sede de razoável juízo de admissibilidade, a desclassificação do delito pelo juiz somente tem ensejo no momento da prolação da sentença.

- *Habeas corpus* denegado”.

(DJU de 06.05.2002, p. 325).

Não me parece razoável, ademais, o argumento do Juízo a

quo no sentido de que o entendimento veiculado em tais precedentes foi fixado “tendo em vista a ausência de maiores conseqüências penais e processuais imediatas” para os acusados, o que não mais ocorreria após o advento de institutos como a suspensão condicional do processo e a transação penal.

Se assim fosse, o que dizer daquelas hipóteses em que um excesso de rigor da denúncia na classificação do delito descrito atribui ao acusado, v.g., o delito de homicídio qualificado, quando, em verdade, trata-se de homicídio simples, o que inviabiliza a concessão de liberdade provisória, em vista do que prescreve a Lei nº 8.072/90?

A toda evidência, no exemplo acima figurado, a imoderação da exordial acusatória estaria produzindo um gravame imediato, impedindo que o imputado respondesse ao processo em liberdade. Ainda assim, a jurisprudência do STJ permanece firme em tal orientação, como se lê no precedente abaixo reproduzido:

“PENAL. PROCESSUAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA HOMICÍDIO CULPOSO. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. IMPROPRIEDADE. CPP, ART. 410.

1. O acusado defende-se dos fatos narrados na denúncia e não de sua capitulação, não sendo apropriado, no momento do recebimento da denúncia, a alteração da definição jurídica apresentada pelo Ministério Público. (...)”

(STJ, 5ª Turma, Rel. Min. Edson Vidigal, *DJU* de 20.08.2001, p. 503).

Forte em tais argumentos, conheço do recurso, dando-lhe provimento para reformar a decisão recorrida, em ordem a receber a denúncia com a exata capitulação nela apresentada.

É o voto.

ÍNDICE SISTEMÁTICO

JURISPRUDÊNCIA

AÇÃO RESCISÓRIA

2011-PB	Rel. Des. Federal Manoel Erhardt (Convocado)	13
---------	---	----

AGRAVO DE INSTRUMENTO

41741-RN	Rela. Des ^a . Federal Margarida Cantarelli	18
45448-RN	Rel. Des. Federal José Maria Lucena.....	23
46453-CE	Rel. Des. Federal Ridalvo Costa	28
47895-CE	Rel. Des. Federal José Maria Lucena	32

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO

46707-RN	Rel. Des. Federal Paulo Gadelha	40
----------	---------------------------------------	----

ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE NA APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA

80861-PE	Rel. Des. Federal Lázaro Guimarães	44
----------	--	----

APELAÇÃO CÍVEL

154869-CE	Rel. Des. Federal Geraldo Apoliano	49
157825-CE	Rel. Des. Federal Ridalvo Costa.....	56
161616-SE	Rel. Des. Federal Manoel Erhardt (Convocado)	60
242238-CE	Rel. Des. Federal José Maria Lucena	65
257085-PB	Rel. Des. Federal José Baptista de Almeida Filho ..	72
269079-RN	Rel. Des. Federal Luiz Alberto Gurgel de Faria	77
279357-PB	Rel. Des. Federal Ridalvo Costa	81
285963-PB	Rel. Des. Federal Lázaro Guimarães	87
303132-AL	Rel. Des. Federal Francisco Cavalcanti.....	90
311018-CE	Rel. Des. Federal Luiz Alberto Gurgel de Faria	126
312190-SE	Rel. Des. Federal Ubaldo Ataíde Cavalcante	129
316406-PE	Rel. Des. Federal Lázaro Guimarães	135
319267-AL	Rel. Des. Federal Geraldo Apoliano	138
320892-RN	Rel. Des. Federal Ubaldo Ataíde Cavalcante	149

APELAÇÃO CRIMINAL

2353-CE	Rel. Des. Federal Petrucio Ferreira	155
2602-PE	Rel. Des. Federal Élio Siqueira (Convocado)	165
2807-PE	Rel. Des. Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima ..	174
2985-PE	Rel. Des. Federal Francisco Wildo Lacerda Danta..	179
3032-PE	Rel. Des. Federal Petrucio Ferreira	193
3080-PE	Rel. Des. Federal Paulo Gadelha	202
3180-PE	Rel. Des. Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima ..	208

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA

76319-PE	Rel. Des. Federal Luiz Alberto Gurgel de Faria	214
78830-RN	Rel. Des. Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima ..	219
83910-PE	Rel. Des. Federal Francisco Cavalcanti.....	224
84174-CE	Rel. Des. Federal Ubaldo Ataíde Cavalcante	247

EMBARGOS INFRINGENTES NA APELAÇÃO CÍVEL

258142-RN	Rel. Des. Federal Napoleão Nunes Maia Filho	255
-----------	--	-----

HABEAS CORPUS

1574-CE	Rel. Des. Federal Petrucio Ferreira	265
1591-CE	Rel. Des. Federal Paulo Gadelha	274
1707-PB	Rel. Des. Federal Francisco Wildo Lacerda Danta...	279

INQUÉRITO

674-PE	Rel. Des. Federal Manoel Erhardt (Convocado)...	287
--------	---	-----

RECURSO CRIMINAL

462-CE	Rel. Des. Federal Francisco Wildo Lacerda Danta..	294
--------	---	-----

ÍNDICE ANALÍTICO

ÍNDICE ANALÍTICO

A

Adm	Ação de nulidade de ato jurídico. Doação. Escrituras públicas. Desapropriação de imóvel para fins de reforma agrária. Prévia comunicação escrita. Recusa do proprietário em recebê-la. Ciência. Direito de defesa assegurado. Transferência da propriedade de bem doado que só se opera mediante o registro da doação. AC 257085-PB 72
PrCv	Ação rescisória. CPC, art. 485, IV e V. Sentença criminal. Repercussão na órbita cível. AR 2011-PB 13
Adm	Adicional por tempo de serviço. Juiz classista. Cômputo de período prestado em sociedade de economia mista. Impossibilidade. AC 311018-CE 126
Adm	Ato administrativo. Alegação de nulidade por vícios de ilegalidade no procedimento. Sindicância. Pena de suspensão convertida em multa. Mérito do ato administrativo. Intangibilidade. Controle judicial que se restringe à legalidade da punição. AMS 78830-RN 219

B

Prev e PrCv	Benefício. Concessão. Falta de requerimento administrativo. Inexistência de pretensão resistida. Carência de ação. CPC, art. 267, VI. AC 320892-RN 149
-------------	--

Pen e PrPen Benefício previdenciário concedido com base em declaração falsa. CP, art. 171, § 3º. Prescrição. Termo inicial. Extinção da punibilidade. Inquérito policial. Inq 674-PE 287

C

Ct CEF. Cheques furtados dentro da agência bancária. Pagamento indevido. Dano material ressarcido. Descumprimento contratual. Dano moral subsistente. Indenização. Cabimento. AC 279357-PB 81

Ct Cheques furtados dentro da agência bancária. CEF. Pagamento indevido. Dano material ressarcido. Descumprimento contratual. Dano moral subsistente. Indenização. Cabimento. AC 279357-PB 81

Pen e PrPen Co-autoria. Estelionato tentado. Pena dosada simultaneamente. Possibilidade. Erro na dosimetria. Redimensionamento. Prescrição. ACr 3180-PE 208

Pen e PrPen Compra de material didático dispensando licitação. Secretário de educação. Matéria de prova. Impossibilidade de análise aprofundada em sede de *habeas corpus*. Denegação da ordem. HC 1591-CE 274

Pen Confissão extrajudicial. Necessidade de conformação com as outras provas. Roubo circunstanciado praticado em detrimento da CEF. Crime de quadrilha ou bando. Descaracterização. Extensão da qualificadora do CP, art. 157, § 2º, I, aos demais agentes. ACr 2602-PE 165

Trbt e PrCv	Contribuições para entidade de previdência privada. Isenção do imposto de renda no resgate das contribuições. Lei nº 7.713/88. Recurso adesivo. Aderência a recurso de parte ocupante do mesmo pólo processual. Embargos de declaração. Provimento. Exclusão processual da parte. Mandado de segurança preventivo. AMS 84174-CE 247
Ct e Trbt	Crédito-prêmio. IPI. Decreto-Lei nº 491/69, art. 1º, II. Decreto-Lei nº 1.658, de 24 de janeiro de 1979. Extinção gradual até 30 de junho de 1983. Decretos-Leis nºs 1.722/79, 1.724/79 e 1.894/81 que previam a redução, suspensão e/ou extinção do benefício por ato do Ministro da Fazenda. Violação ao art. 81 da CF 67/69. Decretos-Leis nºs 1.724 e 1.894/81 declarados inconstitucionais pelo STF no que tange à delegação do poder de extinguir, reduzir ou suspender os benefícios fiscais (RE 186.623, RE 186.359 e RE 180.828). Concessão do crédito-prêmio por ato do Ministro da Fazenda até março de 1985 (Portaria Ministerial nº 176/84). Mera liberalidade do fisco. Inexistência de norma posterior concedendo o benefício. Benefício excepcional que não pode ser interpretado extensivamente. Interpretação literal (CTN, art. 111). AMS 83910-PE 224
Ct e PrPen	Crime cometido por servidor público federal no exercício de suas funções. Competência da Justiça Federal. CF/88, art. 109, IV, e Súmula 147 do STJ. Justa causa para a ação penal. <i>Habeas corpus</i> . Necessidade de exame exaustivo de fatos e provas. Incompatibilidade com a via eleita. Denegação da ordem. HC 1707-PB 279

Pen e PrPen Crime meio (falsidade) absorvido pelo crime fim (estelionato). Falsificação, endosso e saque de cheques de terceiros com obtenção de vantagem indevida. Autoria e materialidade comprovadas. Dolo *ab initio*. Condenação. Trânsito em julgado para a acusação. Prescrição retroativa. Ocorrência. Extinção da punibilidade. ACr 3032-PE 193

Ct e Adm Curso de Formação dos Oficiais Aviadores da Aeronáutica. Candidatos do sexo feminino. Limitação da idade. 21 anos. Razoabilidade. AgTr 46453-CE 28

D

Cv Dano moral. Retirada abrupta de saldo da conta corrente de avalista a título de pagamento decorrente de aval prestado a terceiro. Devolução do valor retirado após 16 dias. Obrigação da CEF de indenizar o correntista pela prática de ilícito. AC 285963-PB 87

Pen e PrPen Denúncia. Recebimento. Alteração de capitulação. Improriedade. Cabimento do recurso em sentido estrito. Inteligência do CPP, art. 581, I. RcCr 462-CE 294

PrCv Desapropriação. Embargos à execução. Recurso de apelação recebido unicamente no efeito devolutivo. Dispensa do duplo grau de jurisdição. Inexistência de óbice ao pronto levantamento do numerário incontroverso. Possibilidade de pagamento das benfeitorias em dinheiro. Coisa julgada. AgTr 47895-CE 32

- Ct, Adm e PrCv Desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária. Indenização. Imóvel rural. Inexistência de área urbana incrustada na fazenda objeto da desapropriação. Multiplicidade de perícias. Atendimento, pelo segundo perito oficial com atuação nos autos, das diretrizes de avaliação da terra nua e das benfeitorias definidas originariamente na Lei nº 8.629/93 e nas modificações procedidas pela MP nº 1.577/97 e reedições. Correção monetária a partir do segundo laudo. Juros moratórios e juros compensatórios. Possibilidade de cumulação. Honorários advocatícios fixados corretamente. AC 303132-AL 90
- Pen e PrPen Disposição de coisa alheia como própria (CP, art. 171, § 2º, I, e § 3º). Imóvel de terceiros. Oferecimento em garantia hipotecária constituída em favor da CEF. Desclassificação para o crime de obtenção de financiamento mediante fraude (Lei nº 7.492/86, art. 19, *caput* e parágrafo único). Possibilidade. Inteligência do CPP, art. 383. Erro de tipo. Caracterização. Dolo não comprovado. Absolição mantida. ACr 2985-PE 179
- Adm Doação. Escrituras públicas. Ação de nulidade de ato jurídico. Desapropriação de imóvel para fins de reforma agrária. Prévia comunicação escrita. Recusa do proprietário em recebê-la. Ciência. Direito de defesa assegurado. Transferência da propriedade de bem doado que só se opera mediante o registro da doação. AC 257085-PB 72

E

PrCv	Embargos à execução. Mutuários do SFH. Excesso na cobrança das prestações em atraso não demonstrado. Correção do saldo devedor pela TR. Possibilidade. AC 312190-SE 129
PrCv	Embargos à execução. Recurso de apelação recebido unicamente no efeito devolutivo. Dispensa do duplo grau de jurisdição. Desapropriação. Inexistência de óbice ao pronto levantamento do numerário incontroverso. Possibilidade de pagamento das benfeitorias em dinheiro. Coisa julgada. AgTr 47895-CE 32
PrCv	Embargos à execução fiscal. Massa falida. Pedido de exclusão de multa e juros. Prova. Ônus do embargante. AC 157825-CE . 56
Adm	Ensino superior. Matrícula extemporânea. Viagem de estudos com o conhecimento da Universidade. Indeferimento por inadimplência. Impossibilidade. AgTr 41741-RN .. 18
Pen	Entorpecentes. Tráfico internacional. Coação irresistível. Inocorrência. Bens utilizados para o cometimento do crime. Confisco em favor da União. ACr 2807-PE 174
Ct e Cv	Estado. Exploração de atividade econômica de natureza privada. Beneficiamento de arroz para a Rede Somar. Rescisão unilateral de contrato pela Administração Pública. Indenização de perdas e danos para a contratada. AC 242238-CE 65

Pen	Estelionato. Saques indevidos de conta de poupança. Crime cometido em detrimento da CEF e de correntista particular. Certidões de antecedentes criminais positivas. Requerimento de substituição da pena privativa de liberdade pela de prestação de serviços à comunidade. Não acolhimento. ACr 3080-PE 202
Pen e PrPen	Estelionato tentado. Co-autoria. Pena dosada simultaneamente. Possibilidade. Erro na dosimetria. Redimensionamento. Prescrição. ACr 3180-PE 208
Ct e Cv	Exploração pelo Estado de atividade econômica de natureza privada. Beneficiamento de arroz para a Rede Somar. Rescisão unilateral de contrato pela Administração Pública. Indenização de perdas e danos para a contratada. AC 242238-CE 65

F

Pen e PrPen	Falsificação, endosso e saque de cheques de terceiros com obtenção de vantagem indevida. Crime meio (falsidade) absorvido pelo crime fim (estelionato). Autoria e materialidade comprovadas. Dolo <i>ab initio</i> . Condenação. Trânsito em julgado para a acusação. Prescrição retroativa. Ocorrência. Extinção da punibilidade. ACr 3032-PE 193
Trbt	Fato gerador do imposto de renda pessoa jurídica. Hospital conveniado do Sistema Único de Saúde – SUS. Disponibilidade jurídica dos rendimentos dos serviços aprovados pela gerência do SUS. Regime de competência. EI na AC 258142-RN 255

Adm Função comissionada cumulada com a remuneração do cargo efetivo acrescida de 100% do valor base da função. Pedido de percepção. Servidor público do Poder Judiciário. Impossibilidade. Leis nºs 9.421/96 e 9.257/97. Precedentes jurisprudenciais e do TCU. AC 319267-AL 138

Ct e Adm Funções gratificadas. Criação. Funções de direção intermediária. Extinção. Leis nºs 8.116/90 e 8.216/91. Servidor público. Reenquadramento. Percepção de remuneração correspondente à nova função. AC 154869-CE 49

G

Adm Gratificação de Condição Especial de Trabalho – GCET. Militar. Fator multiplicativo. Lei nº 9.442/97. Princípio da igualdade. Ausência de violação. AC 269079-RN 77

Ct e Adm Gratificação de Desempenho de Atividade Tributária – GDAT. MP nº 1.915-1/99. Supressão nos proventos dos servidores inativos e pensionistas. Afronta aos princípios constitucionais da isonomia, do direito adquirido e da irredutibilidade de vencimentos/proventos. AMS 76319-PE 214

H

Ct e PrPen *Habeas corpus*. Crime cometido por servidor público federal no exercício de suas funções. Competência da Justiça Federal. CF/88, art. 109, IV, e Súmula 147 do STJ. Justa causa para a ação penal. Necessidade de exame exaustivo de fatos e provas. Incom-

	patibilidade com a via eleita. Denegação da ordem. HC 1707-PB 279
Pen e PrPen	<i>Habeas corpus</i> . Secretário de educação. Compra de material didático dispensando licitação. Matéria de prova. Impossibilidade de análise aprofundada em sede de <i>habeas corpus</i> . Denegação da ordem. HC 1591-CE 274
Pen e PrPen	<i>Habeas corpus</i> preventivo. Trancamento de inquérito policial federal que apura crimes, em tese, de constrangimento ilegal e de coação no curso do processo. Crime, em tese, praticado contra a Administração da Justiça do Trabalho. Procedimento policial instaurado por requisição de procurador do república. Competência do TRF para processar e julgar o <i>writ</i> . Indícios suficientes de autoria e materialidade. Matéria de fato que exige dilação probatória. Improcedência do <i>writ</i> . HC 1574-CE 265
I	
Ct e Adm	Idade. Limitação. 21 anos. Curso de Formação dos Oficiais Aviadores da Aeronáutica. Candidatos do sexo feminino. Razoabilidade. AgTr 46453-CE 28
Pen e PrPen	Imóvel de terceiros. Oferecimento em garantia hipotecária constituída em favor da CEF. Disposição de coisa alheia como própria (CP, art. 171, § 2º, I, e § 3º). Desclassificação para o crime de obtenção de financiamento mediante fraude (Lei nº 7.492/86, art. 19, <i>caput</i> e parágrafo único). Possibilidade. Inteligência do CPP, art. 383. Erro de

tipo. Caracterização. Dolo não comprovado. Absolvição mantida. ACr 2985-PE 179

Ct, Adm e PrCv Imóvel rural. Desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária. Indenização. Inexistência de área urbana incrustada na fazenda objeto da desapropriação. Multiplicidade de perícias. Atendimento, pelo segundo perito oficial com atuação nos autos, das diretrizes de avaliação da terra nua e das benfeitorias definidas originariamente na Lei nº 8.629/93 e nas modificações procedidas pela MP nº 1.577/97 e reedições. Correção monetária a partir do segundo laudo. Juros moratórios e juros compensatórios. Possibilidade de cumulação. Honorários advocatícios fixados corretamente. AC 303132-AL 90

Trbt e PrCv Imposto de renda. Isenção. Resgate de contribuições para entidade de previdência privada. Lei nº 7.713/88. Recurso adesivo. Aderência a recurso de parte ocupante do mesmo pólo processual. Embargos de declaração. Provimento. Exclusão processual da parte. Mandado de segurança preventivo. AMS 84174-CE 247

Trbt Imposto de renda pessoa jurídica. Fato gerador. Hospital conveniado do Sistema Único de Saúde – SUS. Disponibilidade jurídica dos rendimentos dos serviços aprovados pela gerência do SUS. Regime de competência. EI na AC 258142-RN 255

Ct Indenização. Cabimento. CEF. Cheques furtados dentro da agência bancária. Pagamento indevido. Dano material ressarcido.

	Descumprimento contratual. Dano moral subsistente. AC 279357-PB 81
Ct, Adm e PrCv	Indenização. Imóvel rural. Desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária. Inexistência de área urbana incrustada na fazenda objeto da desapropriação. Multiplicidade de perícias. Atendimento, pelo segundo perito oficial com atuação nos autos, das diretrizes de avaliação da terra nua e das benfeitorias definidas originariamente na Lei nº 8.629/93 e nas modificações procedidas pela MP nº 1.577/97 e reedições. Correção monetária a partir do segundo laudo. Juros moratórios e juros compensatórios. Possibilidade de cumulação. Honorários advocatícios fixados corretamente. AC 303132-AL 90
Cv	Indenização do correntista pela CEF. Obrigação pela prática de ilícito. Dano moral. Retirada abrupta de saldo da conta corrente de avalista a título de pagamento decorrente de aval prestado a terceiro. Devolução do valor retirado após 16 dias. AC 285963-PB 87
Pen e PrPen	Inquérito policial. Benefício previdenciário concedido com base em declaração falsa. CP, art. 171, § 3º. Prescrição. Termo inicial. Extinção da punibilidade. Inq 674-PE 287
Ct e Trbt	IPI. Crédito-prêmio. Decreto-Lei nº 491/69, art. 1º, II. Decreto-Lei nº 1.658, de 24 de janeiro de 1979. Extinção gradual até 30 de junho de 1983. Decretos-Leis nºs 1.722/79, 1.724/79 e 1.894/81 que previam a redução, suspensão e/ou extinção do benefício por

ato do Ministro da Fazenda. Violação ao art. 81 da CF 67/69. Decretos-Leis nºs 1.724 e 1.894/81 declarados inconstitucionais pelo STF no que tange à delegação do poder de extinguir, reduzir ou suspender os benefícios fiscais (RE 186.623, RE 186.359 e RE 180.828). Concessão do crédito-prêmio por ato do Ministro da Fazenda até março de 1985 (Portaria Ministerial nº 176/84). Mera liberalidade do fisco. Inexistência de norma posterior concedendo o benefício. Benefício excepcional que não pode ser interpretado extensivamente. Interpretação literal (CTN, art. 111). AMS 83910-PE 224

Trbt e PrCv Isenção. Imposto de renda. Resgate de contribuições para entidade de previdência privada. Lei nº 7.713/88. Recurso adesivo. Aderência a recurso de parte ocupante do mesmo pólo processual. Embargos de declaração. Provimento. Exclusão processual da parte. Mandado de segurança preventivo. AMS 84174-CE 247

J

Adm Juiz classista. Adicional por tempo de serviço. Cômputo de período prestado em sociedade de economia mista. Impossibilidade. AC 311018-CE 126

M

PrCv Massa falida. Pedido de exclusão de multa e juros. Prova. Ônus do embargante. Embargos à execução fiscal. AC 157825-CE . 56

Adm Matrícula extemporânea. Viagem de estu-

dos com o conhecimento da Universidade. Indeferimento por inadimplência. Impossibilidade. Ensino superior. AgTr 41741-RN..18

Adm Militar. Gratificação de Condição Especial de Trabalho – GCET. Fator multiplicativo. Lei nº 9.442/97. Princípio da igualdade. Ausência de violação. AC 269079-RN 77

PrCv Mutuários do SFH. Embargos à execução. Excesso na cobrança das prestações em atraso não demonstrado. Correção do saldo devedor pela TR. Possibilidade. AC 312190-SE 129

P

Prev e PrCv Pretensão resistida. Inexistência. Carência de ação. CPC, art. 267, VI. Concessão de benefício. Falta de requerimento administrativo. AC 320892-RN 149

Ct e Adm Proventos. Servidores inativos e pensionistas. Supressão da Gratificação de Desempenho de Atividade Tributária – GDAT. MP nº 1.915-1/99. Afronta aos princípios constitucionais da isonomia, do direito adquirido e da irredutibilidade de vencimentos/proventos. AMS 76319-PE 214

Q

PrPen e Ct Quebra de sigilo bancário. Pedido formulado por autoridade policial e ratificado pelo *Parquet* Federal nos autos de inquérito policial. Indeferimento pelo Juízo *a quo*. Apelação. Cabimento. Reforma da decisão singular. Possibilidade. Indícios de crimes con-

tra o patrimônio público com enriquecimento ilícito do agente. ACr 2353-CE 155

R

Ct	Receita Federal. Requisição de informações sobre movimento bancário de empresa. Argüição de inconstitucionalidade da Lei nº 9.311/96, art. 11, § 3º, e da Lei Complementar nº 105/2001, art. 5º, §§ 4º e 5º. Razoabilidade dos poderes conferidos à autoridade fiscal. Constitucionalidade dos dispositivos questionados. AI na AMS 80861-PE 44
Trbt e PrCv	Recurso adesivo. Aderência a recurso de parte ocupante do mesmo pólo processual. Embargos de declaração. Provimento. Exclusão processual da parte. Mandado de segurança preventivo. Contribuições para entidade de previdência privada. Isenção do imposto de renda no resgate das contribuições. Lei nº 7.713/88. AMS 84174-CE 247
Pen e PrPen	Recurso em sentido estrito. Cabimento. Denúncia. Recebimento. Alteração de capitulação. Improriedade. Inteligência do CPP, art. 581, I. RcCr 462-CE 294
Ct e Adm	Reenquadramento. Servidor público. Criação de funções gratificadas. Extinção de funções de direção intermediária. Leis nºs 8.116/90 e 8.216/91. Percepção de remuneração correspondente à nova função. AC 154869-CE 49
Adm	Reintegração. Servidor público. Cargo de cirurgião-dentista. Regime Jurídico Único,

art. 243. Estabilidade. ADCT da CF/88, art. 19. Reconhecimento. AC 161616-SE 60

Ct Requisição pela Receita Federal de informações sobre movimento bancário de empresa. Arguição de inconstitucionalidade da Lei nº 9.311/96, art. 11, § 3º, e da Lei Complementar nº 105/2001, art. 5º, §§ 4º e 5º. Razoabilidade dos poderes conferidos à autoridade fiscal. Constitucionalidade dos dispositivos questionados. AI na AMS 80861-PE 44

Adm Responsabilidade estatal. Pedido de indenização. Servidor que teve retardada a posse no serviço público. Inspeção médica que o considerou inapto para o exercício do cargo. Reavaliação que concluiu pela aptidão para a prática de tarefas burocráticas. Inexistência de ilicitude ou de injustiça que justifique a pleiteada indenização. AC 316406-PE 135

Pen Roubo circunstanciado praticado em detrimento da CEF. Confissão extrajudicial. Necessidade de conformação com as outras provas. Crime de quadrilha ou bando. Descharacterização. Extensão da qualificadora do CP, art. 157, § 2º, I, aos demais agentes. ACr 2602-PE 165

S

Pen Saques indevidos de conta de poupança. Estelionato. Crime cometido em detrimento da CEF e de correntista particular. Certidões de antecedentes criminais positivas. Requerimento de substituição da pena pri-

	vativa de liberdade pela de prestação de serviços à comunidade. Não acolhimento. ACr 3080-PE 202
PrCv	Sentença criminal. Repercussão na órbita cível. Ação rescisória. CPC, art. 485, IV e V. AR 2011-PB..... 13
Ct e Adm	Servidor público. Reenquadramento. Criação de funções gratificadas. Extinção de funções de direção intermediária. Leis nºs 8.116/90 e 8.216/91. Percepção de remuneração correspondente à nova função. AC 154869-CE 49
Adm	Servidor público. Reintegração. Cargo de cirurgião-dentista. Regime Jurídico Único, art. 243. Estabilidade. ADCT da CF/88, art. 19. Reconhecimento. AC 161616-SE 60
Adm	Servidor público do Poder Judiciário. Pedido de percepção da função comissionada cumulada com a remuneração do cargo efetivo acrescida de 100% do valor base da função. Impossibilidade. Leis nºs 9.421/96 e 9.257/97. Precedentes jurisprudenciais e do TCU. AC 319267-AL 138
Ct e PrPen	Servidor público federal. Prática de crime no exercício de suas funções. Competência da Justiça Federal. CF/88, art. 109, IV, e Súmula 147 do STJ. Justa causa para a ação penal. <i>Habeas corpus</i> . Necessidade de exame exaustivo de fatos e provas. Incompatibilidade com a via eleita. Denegação da ordem. HC 1707-PB 279

Adm Servidor que teve retardada a posse no serviço público. Inspeção médica que o considerou inapto para o exercício do cargo. Reavaliação que concluiu pela aptidão para a prática de tarefas burocráticas. Responsabilidade estatal. Pedido de indenização. Inexistência de ilicitude ou de injustiça que justifique a pleiteada indenização. AC 316406-PE 135

PrPen e Ct Sigilo bancário. Quebra. Pedido formulado por autoridade policial e ratificado pelo *Parquet* Federal nos autos de inquérito policial. Indeferimento pelo Juízo *a quo*. Apelação. Cabimento. Reforma da decisão singular. Possibilidade. Indícios de crimes contra o patrimônio público com enriquecimento ilícito do agente. ACr 2353-CE 155

Adm Sindicância. Alegação de nulidade do ato administrativo por vícios de ilegalidade no procedimento. Pena de suspensão convertida em multa. Mérito do ato administrativo. Intangibilidade. Controle judicial que se restringe à legalidade da punição. AMS 78830-RN 219

T

PrCv Tarifa. Lei nº 10.438/2002. Resolução Aneel nº 71/2002. Presunção de constitucionalidade. Depósito judicial sustado por decisão monocrática proferida no agravo de instrumento. Ausência do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*. AgRg no AgTr 46707-RN 40

Pen	Tráfico internacional de entorpecentes. Coação irresistível. Inocorrência. Bens utilizados para o cometimento do crime. Confisco em favor da União. ACr 2807-PE 174
Pen e PrPen	Trancamento de inquérito policial federal que apura crimes, em tese, de constrangimento ilegal e de coação no curso do processo. Crime, em tese, praticado contra a Administração da Justiça do Trabalho. Procedimento policial instaurado por requisição de procurador do república. Competência do TRF para processar e julgar o <i>writ</i> . Indícios suficientes de autoria e materialidade. Matéria de fato que exige dilação probatória. <i>Habeas corpus</i> preventivo. Improcedência do <i>writ</i> . HC 1574-CE 265